

Derecho y sensibilidad¹

Por MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Universidad de Zaragoza

«Los hombres y los juristas “inflexibles y sin matices” no se compadecen bien con el tipo de vida individual y social que reclama el Estado constitucional de nuestro tiempo.»

(Zagrebelsky, 1995, 18)

RESUMEN

Si las relaciones entre el Derecho y la sociedad en que surge y a la que se dirige se aceptan en la Teoría del Derecho actual casi como un axioma, puede resultar interesante analizar en qué modo se condicionan, así como los elementos que inciden en esas relaciones. Nos vamos a centrar en dos cuestiones principalmente. De un lado, la importancia de un derecho emocional que pretende dar respuesta a una situación puntual de alarma o de miedo y que aspira a legitimar el poder con su sola publicación. De otro lado, la situación en que queda un Derecho que decide abanderar determinados valores y consolidar legalmente cuestiones que todavía no se encuentran aceptadas, ni totalmente, ni por todos los sectores sociales. En ambas situaciones, el Derecho corre el riesgo de quedarse en el papel.

El necesario margen de discrecionalidad hermenéutica en la aplicación del derecho nos lleva a admitir la importancia de la sensibilidad del jurista en la no realización de una determinada legislación innovadora si la valora como inadecuada. O, al contrario, en su puesta en marcha si la asume como necesaria –incluso ampliando su marco de acción–. Igualmente, para completar el círculo de relaciones entre el Derecho y la sociedad, también intere-

¹ Este trabajo se ubica en el marco del proyecto SEJ2006-15335-C02-02: «Seguridad, estado social y cultura punitiva».

sa estudiar los efectos que tienen las decisiones de estos jueces –siempre más próximos a los ciudadanos que el poder legislativo–, tanto en los individuos afectados por la decisión, como sobre todo en la sociedad que asimila progresivamente esa posición judicial –siempre más visible y comprensible cuando afecta a un caso concreto–.

Palabras clave: *hermenéutica jurídica, discrecionalidad, sensibilidad, actividad judicial*

ABSTRACT

If the relationships between law and society are accepted by the current theory of law almost as an axiom, it may be interesting to analyze how they are conditioned between themselves and the elements affecting this relationship. We will mainly focus on two issues. On one hand, the importance of an emotional law trying to answer to a concrete situation of alarm or fear, with the intention of legitimizing the power just with its publication. On the other hand, the situation of a law that decides to consolidate some values and questions not completely accepted by all the social sectors. In both situations, the law is in danger of being left just on the paper

The necessary discretion in applying the law leads us to admit the importance of the sensitivity of the jurist in the non-fulfillment of a certain value. That happens both if the new legislation is considered as inadequate or, conversely, if it's assumed as necessary expanding even as its framework for action. Similarly, In order to complete the circle of relationships between law and society, it is also interesting to study the effects of the decisions of those judges –closer to the citizens that the legislative power– that take up the point of view of innovative laws; both in individuals affected by the decision, but especially in society, which assimilate that judicial position –always more visible and understandable when is applied to concrete cases.

Key words: *hermeneutic, discretion, sensitivity, judicial activity*

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—ENTRE EL DERECHO Y LA SOCIEDAD: DEL LEGISLADOR AL JUEZ.—DISCRECIONALIDAD Y SENSIBILIDAD JUDICIAL.—LA FUNCIÓN EDUCATIVA DEL DERECHO Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES.—TRES SITUACIONES EJEMPLARES.—PARA CONCLUIR: SOBRE LA ÉTICA DE LOS JUECES.

PLANTEAMIENTO

Cuando analizamos, desde una perspectiva general, los vínculos entre el Derecho y la sociedad, resulta un tópico destacar que las relaciones entre ambos no son exclusivamente unidireccionales, sino más

bien bidireccionales. Así, lo cierto es que unas veces –se podría acordar que la mayoría de ellas– es la sociedad la que condiciona y exige implícita o explícitamente cambios en el Derecho; que, en consecuencia y de este modo, dará respuesta a las transformaciones sociales. Sin embargo, otras veces –no tantas y a veces discutidas–, con la idea de recrear una sociedad más justa, equitativa, desarrollada o democrática, son las normas jurídicas las que abanderan intereses de grupos minoritarios imaginando, avanzando y reconstruyendo una realidad social distinta. Para ello, con su fuerza imperativa, exigen cambios en las conductas y comportamientos sociales de una parte importante de la sociedad². Como diría González Ordovás (2003, 23) asistimos a una «tensión permanente entre una realidad que ha de adaptarse al Derecho o un Derecho que ha de saber adaptarse a la realidad». Ahora bien, que el Derecho sea una variable dependiente o independiente de la sociedad –en un momento dado, se entiende–, esto es, que los cambios sean inducidos por la sociedad o por el Derecho tiene consecuencias evidentes para el ordenamiento jurídico en todos los niveles: en el de su conocimiento, así como en el de su aceptación, obediencia o, en su caso, aplicación³.

Así pues, en aquellos supuestos en que el Derecho es inducido o negociado con los grupos sociales a que se destina parece evidente que podrá ser conocido de primera mano por los destinatarios; como consecuencia, serán mayores las posibilidades de que se produzca una obediencia casi espontánea –puesto que la aceptación de la norma parece ser correlativa a la comprensión de su sentido y necesidad por parte del grupo al que va dirigida– por parte de aquéllos que previamente han presionado o negociado de cara a que la norma consolide un determinado estado de cosas, de derechos o de obligaciones. No ocurre lo mismo cuando el Derecho únicamente pretende dar respuesta a una situación puntual de alarma o de miedo, que sólo parece requerir una respuesta ejemplar. En esos casos, el Derecho se convierte en un derecho emocional, su utilización resulta simbólica y su obje-

² Sobre las vinculaciones posibles entre derecho y transformaciones sociales *vid.*, por ejemplo, Ruiz-Gallardón (2007, 27-28). Martínez Martínez (1996, 18) sostiene de forma más concreta, en relación al prejuicio, que «el prejuicio puede tornarse norma social y buscar su consolidación en las instituciones y ordenamientos legales. De igual modo la promulgación de una norma legal puede crear un prejuicio hasta entonces no evidenciado en la población». Y ello, tanto en sentido positivo como negativo. Por su parte, Soriano (1997, 314) matiza los ámbitos en los que el cambio social por el derecho puede gestarse: de manera efectiva en el ámbito económico, más lentamente las estructuras sociales, muy difícilmente cuando nos referimos a los cambios religiosos.

³ De forma simplificada, Soriano (1997, 44) asegura que «la eficacia de las normas depende del grado de aceptación por sus destinatarios y de la coactividad o fuerza de compulsión de que estén provistas. Son dos aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el legislador a la hora de regular las relaciones sociales». En relación a la complejidad de contenidos de la eficacia se pueden ver, entre otros, Hierro (2003), Oliver (2008).

tivo se cumple con su simple publicación⁴. Tampoco se dará esta eficacia espontánea en la segunda situación, cuando el Derecho representa intereses sociales, pero de grupos minoritarios; esto es, cuando el legislador a través del Derecho decide abanderar determinados valores y consolidar legalmente cuestiones que todavía no se encuentran aceptadas, ni totalmente, ni por todos los sectores sociales. Por ello, el primer objetivo de este trabajo será analizar qué ocurre con este Derecho que ha decidido construir algo que es percibido por una parte de la sociedad como ficción, como inadecuado, incorrecto, o incluso como injusto. Cuando el Derecho se realiza desconociendo algo que evidencia Hespanha (1993, 206): que son las condiciones sociales y políticas las que «delimitan el impacto social (de la *recepción*) de un texto».

Pero además de esa distancia y ese condicionamiento mutuo entre lo social y lo jurídico, siempre hay que contar con la separación que media necesariamente entre el legislador –de situaciones generales– y el operador jurídico que aplica el Derecho al caso concreto. Para Frosini (1995, 59), «la ley separa dos mundos al mismo tiempo que los reúne: el mundo al que pertenece su autor y el mundo en el que se encuentra quien la lee (...) al operador, esto es, al intérprete de la ley, le corresponde realizar la operación inversa, o sea, debe adentrarse en el mundo normativo construido por el legislador». Por eso mismo, porque la racionalidad del Derecho se predica tanto de las decisiones legislativas que lo crean como de las jurisdiccionales que lo actualizan, el segundo objetivo y, en realidad, el hilo conductor de todo este estudio es la puesta en evidencia del enorme poder que tienen los jueces para «decidir» sobre la vida de este Derecho percibido como novedoso. Para ello es preciso partir de dos presupuestos. Uno de ellos es que el Derecho ofrece a los operadores jurídicos márgenes de discrecionalidad hermenéutica –y a veces también burocrática– que les permiten esa maniobra y les dan la posibilidad de tomar decisiones que podríamos calificar de «políticas»⁵. El otro es que es precisa una cierta sensibilidad que llevará al juez a no aplicar ese derecho innovador si lo valora como inadecuado⁶ o, al contrario, ponerlo en marcha si lo asume como necesario –incluso ampliando su marco de acción–.

⁴ Sobre el emotivismo ético y axiológico y su vinculación con la justicia se puede acudir al análisis en profundidad de Alarcón Cabrera (2002).

⁵ Para Segura Ortega (1998, 84), «la conexión entre norma y sentencia es flexible y tal flexibilidad posibilita la obtención de resultados incluso contradictorios». Sigue Taruffo (2005, 15) indicando que el juez «lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desarrollo de relaciones políticas, individuales, colectivas». Asegura Vernengo (2000, 258) que «las decisiones de los jueces son, a la postre, decisiones que toman seres humanos para modificar las expectativas de otros hombres».

⁶ Con todas las consecuencias que ello supone. Por ejemplo, Rafael de Asís (2005, 60-62) recuerda que la obediencia al derecho por parte de los jueces es un

Igualmente, para completar el círculo de relaciones entre el Derecho y la sociedad, también interesa estudiar los efectos que tienen las decisiones de estos jueces –siempre más próximos a los ciudadanos que el poder legislativo– que asumen hasta el fin el punto de vista de la norma innovadora, tanto en los individuos afectados por la decisión, como sobre todo en la sociedad que asimila progresivamente esa posición judicial –siempre más visible y comprensible cuando afecta a un caso concreto–. Se podría avanzar que cuando los jueces «confirman» las normas legales aplicándolas, pueden estar alentando inconscientemente la progresiva consolidación y legitimación del sistema jurídico creado por el legislador, al tiempo que van transformando poco a poco los valores sociales; esto es, favorecen un efecto educativo y transformador del imaginario social. Dicho de otra forma, el tercer objetivo del trabajo será analizar si el ejemplo de las decisiones judiciales reiteradas en un sentido favorable al reconocimiento de la norma legal contribuyen a su interiorización y asimilación, favorecen la eficacia espontánea, que a su vez –para Nieto (2002, 46)– puede suplir buena parte de las deficiencias del sistema legal y de las propias leyes. Parece claro que, en otras ocasiones, serán precisamente los juristas quienes impidan que el círculo se cierre y que la reforma normativa cuaje.

ENTRE EL DERECHO Y LA SOCIEDAD: DEL LEGISLADOR AL JUEZ

Anunciábamos que el primer objetivo del trabajo era analizar qué ocurre con el Derecho que decide construir algo percibido como novedoso. De entrada, parece que en la aceptación y consolidación social de una norma novedosa juegan un papel importante varios operadores. Evidentemente, el primero de ellos es el legislador que establece a través de la norma lo que *debe ser*. Sin embargo, la diferencia entre la validez y la eficacia de las normas –entre lo que *debe ser* y lo que *es*– nos lleva a apuntar su poder limitado, al tiempo que nos hace ver que el Derecho no es algo estático, sino más bien praxis y curso de acción que desarrolla su identidad progresivamente, Zaccaria (2004, 55). Podríamos decir con Frosini (1995, 42-43) que «la publicación de una ley es el primer paso para que se lleve a cabo el proceso de circulación de las informaciones y de las prescripciones que dicha ley contiene, y que culmina y concluye en el momento de su aplicación o ejecución concreta, que constituye así la integración necesaria de la función técnica de la ley». En consecuencia, para que el Derecho no muera, sobrepase los límites del diario oficial y viva en sociedad, realmente

requisito necesario para lograr la seguridad jurídica; caso contrario puede estar actuando de manera moralmente correcta, pero en todo caso de manera no jurídica.

hacen falta otras muchas condiciones. En ocasiones, para la aplicación efectiva de la ley puede ser preciso un desarrollo reglamentario que permita su puesta en marcha, la creación de las instituciones necesarias o la provisión de las partidas presupuestarias suficientes para su correcta implementación. Despliegue de medios que, aunque luego nunca se pongan en marcha, ofrecen confianza a los ciudadanos. Siendo, evidentemente, la eficacia y la obediencia «espontáneas» preferidas a la aplicación coactiva del Derecho⁷.

Con más razón, cuando el Derecho avanza valores y protege intereses sociales no compartidos por todos, son mayores las posibilidades de que se produzcan situaciones en que el Derecho no se obedezca, ni se aplique, o que simple y llanamente no se aplique –como diría Hespanha (1993, 204)– «a rajatabla». De manera que, como destacaba Kelsen (1966, 131-133), si una norma es constantemente desobedecida con toda probabilidad dejará de ser aplicada en algún momento por las autoridades del Estado⁸. Y es que hasta que se consoliden los valores sociales que se encuentran en la base de las normas legales, éstas permanecen tozudas a su realización, se producen espacios de anomia, de incumplimiento, de rebelión⁹, de inaplicación, de ineficacia en todo el proceso de realización del Derecho. Sobre todo porque, como ya destacábamos, no podemos olvidar que la norma adquiere su sentido en un contexto histórico y un estado de civilización muy precisos¹⁰. Para Grossi (2006, 27) «la sociedad, al tiempo que abomina de las cadenas vinculantes que sofocan su adecuación espontánea, adopta medidas con el fin de hacer respetar su historicidad».

Y es que aunque el Derecho es soberbio y cree llenar todos los espacios y tiempos sociales, lo cierto es que las normas de comportamiento no se agotan con aquél, ni –como decíamos– el derecho de las

⁷ En ese sentido, Nieto (2002, 292) asegura que «las órdenes sólo son obedecidas y cumplidas por quienes las aceptan; y, voluntariamente, sólo las aceptan quienes se sienten beneficiados por ellas». Apunta (*ibidem* 293) que «hay factores que contribuyen a reducir el círculo de aceptación, como son fundamentalmente los “malos ejemplos” (...) el grado de tolerancia y el nivel de impunidad». En todo caso, es preciso señalar con Bonifaz (1993, 67), que la obediencia por parte de los ciudadanos o en su caso la aplicación por parte de los funcionarios cuando aquéllos no obedecen espontáneamente las normas son elementos que nos hacen presuponer la eficacia de las normas.

⁸ A lo cual añade Hierro (2003, 149) que «si los jueces dejan de aplicar generalmente alguna norma regularmente establecida conforme a las reglas de reconocimiento del sistema, entonces ha de concluirse que la actitud de los jueces ha alterado las reglas de reconocimiento».

⁹ Sobre las relaciones entre derecho y fuerza, así como los problemas de «desorden» que genera la rebelión contra el orden establecido, *vid.* F. Gény (2007, 69-85; en concreto, pp. 71-73).

¹⁰ Como dirá Pérez Ruiz (1996, 118, 122) las normas «funcionan, así, como mecanismo adicional de control social de los comportamientos socialmente institucionalizados (...). La acción diaria de una persona refleja o mantiene el mundo institucional que se ha internalizado mediante el proceso de socialización (...) el paso del “se”, con su carga de normatividad social, al “debe” jurídico, esta es la gran cuestión».

normas resulta siempre eficaz¹¹. Sobre todo, podríamos añadir, porque en los supuestos a que nos referimos de derecho innovador, sus destinatarios primarios pueden no estar comprendiendo el sentido de las normas que cambian costumbres arraigadas, perciben un entrometimiento en cuestiones asumidas como privadas, lo consideran como supuestos injustificados de paternalismo jurídico –como podría estar ocurriendo con el carnet por puntos, o la prohibición de fumar en los espacios públicos– o, simple y llanamente, no se sienten ligados a una normativa que se aparta de normas de moral individual o grupal de las que resulta aún más difícil desvincularse¹². Desde un punto de vista más pragmático, pueden considerar que el incumplimiento resulta «barato» –como con los delitos ecológicos– o sin coste alguno porque las sanciones son limitadas o las instituciones de vigilancia y control casi inexistentes –como pudo ser el caso del maltrato hacia los animales–. De igual forma podemos afirmar que la norma no es eficaz o ha dejado de serlo, cuando la sociedad consigue los mismos fines –no siempre explícitos– del Derecho por otros medios¹³. No hay que olvidar que, a veces, desde el punto de vista de la norma, cuando su objetivo fundamental es la legitimación de un sistema que no podría justificarse únicamente por la fuerza, no es preciso su cumplimiento sino que basta con su publicación: es suficiente para que desarrolle su función simbólica¹⁴.

Algo parecido ocurre con los otros destinatarios de las normas: los jueces y autoridades administrativas que las aplican. En estos casos, Soriano (1997, 413) las denomina causas de ineficacia jurídica. En el primer supuesto, puede ocurrir que los jueces consideren que, o bien

¹¹ Para Pablo Navarro (1990, 19) uno de los sentidos de la eficacia hace referencia a que «la autoridad normativa quiere conseguir un estado de cosas (M) y cree que promulgar la norma en cuestión es necesario para tal fin»; si se parte de un concepto de eficacia como mayoría «la eficacia se relaciona directamente con el derecho como técnica de motivación. No tiene sentido dictar una norma que será necesariamente (lógica o causalmente) eficaz o ineficaz» (*ibidem.*, 22).

¹² Se suele confundir la moral social con la de carácter individual, cuando algunos autores defienden que el juez debería en realidad velar por la moral social en cuanto representante público. Quizás porque, como asegura Gómez Jiménez-Cisneros (1959, 245-246) «existen muy pocas diferencias entre las reacciones emocionales del juez y las de un simple particular. La capacidad del juez para la indignación o para la compasión no sufre atrofia (...) por eso la justicia de los hombres es siempre imperfecta. Es, hasta cierto grado, necesariamente injusta».

¹³ Hierro (2003, 82) para ilustrar esta circunstancia plantea la hipótesis de que una enorme cantidad de parejas decidieran rechazar M como forma de matrimonio y convivieran establemente sin contraer matrimonio. «Aunque no es posible afirmar que incumplen M, es posible afirmar que M ha dejado de ser eficaz, al menos en el sentido de que no sirve de regulación efectiva de la forma en que las parejas instituyen su convivencia estable».

¹⁴ De hecho, en los últimos tiempos, se ha podido observar cómo muchas de las modificaciones legales –de las normas penales fundamentalmente– no aspiran tanto a la aplicación, como a la legitimación del sistema penal y a generar una especie de sentimiento de alivio generalizado. Hay que aparentar ser los más duros frente al crimen, Díez Ripollés (2004, 12).

la norma resulta contraria al espíritu y los valores de la norma suprema, en cuyo caso optarán por plantear una cuestión de inconstitucionalidad; que no responde a las pretensiones, valoraciones o al sentir social –de los que se sienten intérpretes–; o incluso pueden valorar que atenta contra la moral social –que a veces puede confundirse con la particular–. En el caso de las autoridades administrativas puede que éstas «hagan la vista gorda» ante determinadas situaciones que no consideran graves o que se encuentran en los límites difusos de la legalidad¹⁵. Y si eso ocurre y ese comportamiento trasciende puede suceder que los ciudadanos, no demasiado convencidos de una nueva imposición, tiendan a seguir evitando el cumplimiento y a continuar con el comportamiento previo a la entrada en vigor de la norma. En ese caso, la inaplicación constante del Derecho y la inactividad de las autoridades también parece justificar su desobediencia. Insiste Cover (2002, 89-90) en esa relación de ida y vuelta asegurando que

«la resistencia de una comunidad frente a la ley de un juez, la insistencia de la comunidad en vivir o realizar su propia ley dentro del mundo social más amplio, plantea la cuestión del compromiso del juez con la violencia de su cargo (...) la resistencia de la comunidad desafía la pretensión implícita de que la interpretación del juez es obligatoria. Frente a ese desafío, el juez –que no tiene en sus manos un abordaje interpretativo inherentemente superior o un derecho necesariamente mejor– debe separar el ejercicio de la violencia de su propia persona».

En todo caso, al hacer referencia a los efectos de las normas, puede ser preciso distinguir –con Hierro (2003, 71)– entre la eficacia como capacidad de las normas para producir efectos jurídicos y la eficacia como capacidad de las mismas para motivar un comportamiento conforme o en su defecto posibilitar una serie de consecuencias secundarias para ellos, sea la nulidad, la reparación o la sanción¹⁶. Aunque obvio, es importante distinguir varias fases en la eficacia de las normas. Así se puede reseñar que una norma incumplida no es ni inmediata, ni automáticamente objeto de una decisión judicial. Es preciso que se estimule la intervención judicial por un particular –individual o colectivamente–, una autoridad o el Ministerio Fiscal. Si esto no ocu-

¹⁵ Igualmente apunta el supuesto, en cierto modo relacionado, en que «la ineficacia puede provenir de la acción de colectivos sociales privilegiados, afectados por normas contrarias a sus intereses. Dichas normas son contrarrestadas con el empleo de subterfugios para conseguir la suspensión o anulación de la vigencia de las mismas», Soriano (1997, 45). En relación a la obligación del juez de aplicar el derecho *vid.* De Asís Roig (1994)

¹⁶ Esta misma distinción parece evidenciar que la eficacia de las normas permanece ajena a la obediencia, esto es, a las razones de los individuos o las autoridades para cumplirlas o hacerlas cumplir. Hierro (2003, 142) destaca, al igual que lo hace Hernández Marín (1999, 238), que «lo que los jueces cumplen cuando aplican las normas es la norma que les obliga a aplicar las normas del sistema».

re se producirá «un nuevo supuesto de ineficacia que no sería la ineficacia por incumplimiento e inaplicación, sino la ineficacia por incumplimiento y ausencia de una condición necesaria de la aplicación» Hierro (2003, 144). Al tiempo que, como destaca el autor (*ibidem.*, 145), la decisión judicial también puede ser eficaz o no, según se cumpla o no por los destinatarios directos, por parte del juez y de los operadores que ejecutan la decisión del juez. Un proverbio véneto que nos recuerda Calamandrei –en Cavalli (2003, 432)– resume esta idea: *es necesario tener razón, saberla expresar, encontrar al juez que la entienda y que la quiera dar y un deudor que la quiera pagar*. De manera que hablar de la eficacia del Derecho nos coloca ante un proceso complejo y en absoluto lineal¹⁷.

Es cierto que en los supuestos en que el Derecho intenta transformar el comportamiento de sectores importantes de la sociedad (derecho → sociedad), las prescripciones del Derecho como modelos –o modélicas– pueden ser percibidas por una parte de la sociedad –que no se corresponde con el todo– como impuesto y, en consecuencia, el legislador es asumido como autoritario. Pero, ¿qué ocurre si, en todo caso, estas normas suponen una evolución de los valores sociales que resultarán en una sociedad más justa? ¿qué ocurre si rompen con tradiciones y formas de pensamiento ancestrales que, no obstante, deben ponerse en cuestión? Es evidente, Soriano (1997, 224) que «evitar un daño no es lo mismo que producir un bien»; o, al menos, crear producirlo. Pero es un hecho asumido que la sustitución de una racionalidad por otra se produce siempre –o casi siempre– de forma abrupta. Ocurrirá pues que durante un tiempo se van a combinar los periodos y espacios de cumplimiento de la legalidad con otros de resistencia, incumplimiento e ineficacia total o parcial de la misma. Ya destacábamos que los jueces deben situarse entre la ley y la realidad social para adaptar la primera a la segunda; ya que la ley sin caso concreto y real en el que proyectarse es un «girar en vacío», Zagrebelsky (1995, 145)¹⁸. Pero hay que añadir que también pueden situarse en ese espacio intermedio entre el Derecho y la sociedad para fomentar cambios positivos en la sociedad desde el Derecho.

¹⁷ E igualmente resulta complejo valorar la eficacia de una norma. En todo caso, es preciso tener en cuenta las advertencias de Hierro (2003, 160-ss.) cuando destaca que para comprobar la eficacia real de las normas es necesario: a) tener en cuenta el estado de cosas previo a la entrada en vigor de la normativa; b) analizar los propósitos del legislador; c) la eficacia como cumplimiento o aplicación de la norma; d) el estado de cosas final. Y siempre presuponiendo que los propósitos del legislador pueden ser muy diversos y que, como ya destacábamos previamente, a veces, si la norma es de carácter simbólico, puede ser eficaz sin ser cumplida ni aplicada. Puede, por ejemplo, cumplir funciones de legitimación del sistema al fomentar un clima de tranquilidad social o al posicionar a las autoridades en un determinado sentido.

¹⁸ ZAGREBELSKY (1995, 132) asegura que «la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento».

Son muchas las opiniones en ambos sentidos. Unos apuestan por la implicación social del juez, otros más bien por la asepsia. Para Malem Seña (2001, 402) «no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aún con sus sentencias la moral social vigente, y que no en pocas ocasiones los jueces deben decidir en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demandan los valores constitucionales». Por su parte, Segura Ortega (1998, 119, 126) asegura que a veces el juez toma decisiones que satisfagan al mayor número de personas en un grupo ya que «debe valorar el impacto que causará su decisión y debe procurar que la misma satisfaga a un buen número de sujetos». Atienza (1998, 39-40) incluye entre las virtudes judiciales la prudencia como «una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo». Asegura que la imaginación permite esa síntesis: en su aspecto estético, «como capacidad de invención, de ir más de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema»; en su aspecto moral, «como simpatía o compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro, y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y de serenidad a la que los romanos llamaban *gravitas*». La *justicia poética* de Nussbaum (1997) nos lleva a una racionalidad jurídica en la que tienen un necesario espacio las emociones que nos permitan llegar a comprender la justicia del caso concreto.

DISCRECIONALIDAD Y SENSIBILIDAD JUDICIAL

«No está de más considerar a las emociones como parte de las razones que debemos utilizar para descubrir en qué consiste ser justo. Sólo las emociones captan adecuadamente el verdadero sentido humano del dolor y la vulnerabilidad, circunstancias que, por desgracia, casi siempre acompañan a la injusticia.»

(Puyol, 2006, 14)

En todo caso, esas posibilidades y margen de maniobra del juez son factibles gracias a una manera de entender el papel del jurista, a caballo entre el Derecho y la sociedad. Así que, aunque durante siglos y por razones fundamentalmente políticas se partió del presupuesto de que el juez debía juzgar sólo con el Derecho en la mano y con un planteamiento puramente lógico, hoy parece un asunto totalmente superado que la vaguedad del lenguaje ofrece un margen ineludible en la interpretación de los textos jurídicos y que, en ese proceso de recreación del derecho, el factor personal e ideológico del juez resulta inevitable. Justifica Andrés Ibañez (1984, 79) esta realidad asegurando que «cuando el juez no dispone de criterios normalizados de objetividad jurídica, se ve obligado a rellenar el vacío legal acudiendo a conceptos

metajurídicos extraídos de su propio mundo de cultura y de su particular experiencia». De manera que en la decisión judicial podemos encontrar un elemento racional (la técnica jurídica, la ley...) y otro de naturaleza irracional (pasiones, sentimientos, intuiciones...); que, en principio y aunque en todo caso está presente en la decisión, no es ni puede ser relevante a la hora de justificarla Nieto (2000, 409)¹⁹. La distancia entre el contexto de descubrimiento y el de justificación la expresa Cavalli (2003, 444) cuando defiende que el requisito fundamental es «que esa llave (la de nuestro sentimiento de lo justo) encaje en el orden jurídico».

Ahora bien, la conciencia de que las decisiones judiciales no se toman única y exclusivamente atendiendo a criterios legales –aunque formalmente así debe ser– supone tener en cuenta y asumir varias cuestiones. De un lado, parece evidente que estas decisiones únicamente podrán considerarse legítimas si se apoyan en una motivación conforme a derecho, no sólo en la «creencia» de que se actúa según Derecho. De otro lado, la presencia de elementos extrajurídicos en la aplicación del Derecho puede hacer que se cuestione la relación entre la moralidad y la profesionalidad del juez. Sobre todo porque, como asegura Malem Seña (2001, 388), se parte de la idea de que «una persona “mala” en su vida privada traslada sus evaluaciones a su vida profesional y lo que es más importante, al interpretar el Derecho, se aduce, el juez deja su impronta personal y sus más íntimas convicciones morales, políticas y sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas». Podríamos suponer que igual ocurrirá en caso contrario, es decir, en el de las buenas personas que trasladan a su profesión sus cualidades personales positivas y, en todo caso, siempre acordes con los valores constitucionales.

Más precisamente, si lo personal se filtra en el ejercicio del derecho, podríamos suponer que la especial sensibilidad de algunos jueces ante estos supuestos «innovadores» recogidos por la legislación

¹⁹ De manera que, como destaca el propio autor Nieto (2000, 421), «el juez se encuentra solo ante su conciencia y, en los supuestos extremos, ha de decidir si quiere vivir en paz con ella a costa de la ley o en paz con la ley a costa de la conciencia». Para Zaccaria (2004, 42) «una teoría del derecho, de la acción y de la decisión que tenga la intención realista de conectar teoría y praxis no puede renunciar a esta inclusión de elementos valorativos y de valor provenientes de un ámbito no formalizado». Para Haba (2006, 26) los conocimientos técnicos del juez serían como una isla en el mar de los conocimientos cotidianos que contienen «la visión general del mundo aceptada por el jurista, la cual no es otra, en lo básico, que la visión normal de las cosas predominante en un medio social dado». Más precisamente, PUYOL (2006, 8, 10) asegura que «las emociones del juez son un elemento cognitivo necesario para evaluar correctamente las circunstancias del delito y su impacto (...) las emociones no sólo no son irracionales, sino que además nos dan una perspectiva humana de los hechos (...) si queremos evaluar los hechos con una perspectiva humana, debemos incorporar la información que nos dan las emociones, pero una información correctamente interpretada».

es la que puede acabar consolidando una línea jurisprudencial que favorezca el cambio de actitudes sociales, que a su vez acabe legitimando de forma generalizada la norma legal. Haciendo que finalmente coincida en gran parte la moral social con la legal. En otras palabras, si la ley se conforma como un marco que consiente varias opciones, el factor personal sería el que podría potenciar –o no– el cambio social implícito en la norma²⁰. Sobre todo porque, como ya destacábamos, la realización efectiva o no de la ley y de su espíritu puede depender de los jueces, de su sensibilidad como ciudadanos y como personas. Como jueces, se encuentran en una situación especial, entre la legalidad, la sociedad y ellos mismos, con su propia visión del mundo, su concepto de lo justo y lo injusto, lo grave y lo leve, e incluso lo correcto o incorrecto²¹. Para Saavedra (2000, 228-229), «la aplicación del derecho es un silogismo, pero la formulación de las premisas exige un compromiso personal del juez». Compromiso personal y también cívico ya que, como asegura Segura Ortega (1998, 110), «las decisiones judiciales se construyen teniendo en cuenta los deseos, expectativas y anhelos del grupo social entre otras razones porque su legitimación descansa, en última instancia, en la función social que cumplen»²².

Así pues, el poder judicial tiene una enorme responsabilidad en la tarea de realización social del derecho; y, desde esa perspectiva, se hace referencia a la necesaria vinculación entre la sensibilidad judicial y la posible evolución social a través del Derecho. Carbonnier (1978, 397) nos habla de la consustancialidad del Derecho y la condición humana²³. Y ello aun cuando somos plenamente conscientes de que vincular ambos términos puede aportar ventajas, pero la incidencia del factor personal y emocional también presenta varias dificultades y no siempre resulta aceptado o aceptable. De entrada, ya destacábamos que si este factor personal es importante para favorecer el progreso, también es cierto que puede retrasarlo o impedirlo. De hecho, aunque resulta difícil de probar empíricamente, porque la inaplicación debe estar justificada y se encubre generalmente con la

²⁰ Sobre la apertura de la comunicación a un amplio número de participantes, se puede consultar la tesis de Oliver (2007, capítulos V, VI, VII).

²¹ Cuestión ésta que viene condicionada por su extracción social, su formación, y que a su vez le permite enfocar el supuesto de hecho a enjuiciar. Según Salvador Ruiz-Pérez (1981, 210-211) «acompa sus decisiones a las necesidades sociales, que sostiene y hace valer sus presupuestos éticos y que, ante todo, aún antes que aplicar la ley, trata de hacer justicia».

²² Si bien puntualiza Saavedra (1994, 100) que «es la representación de un consenso ideal en torno a la decisión lo que dota de fundamento a las resoluciones judiciales, pero la responsabilidad para decidir debe tomarla cada juez desde una posición de independencia incluida la independencia de ánimo».

²³ Es más, asegura Carbonnier (1978, 397) que «la fragilidad del derecho se debe a la condición humana. Es una condición de mortal (...) tras la muerte de cada individuo, por muy insignificante que sea su aportación al derecho, la sociedad se recompone y el sistema jurídico ya no es exactamente igual a lo que era antes».

motivación jurídica, lo cierto es que en la práctica encontramos muchos supuestos en los que aunque la norma se puede aplicar a un conjunto de supuestos, los jueces han decidido no aplicarla Hierro (2003, 150-151), sea por desconocimiento –en muy raras ocasiones–, por interpretación errónea, por objeción de conciencia, o simple y llanamente por violación.

Además, es igualmente destacable que la sensibilidad para «comprender» las diferentes situaciones, consigue individualizar el supuesto, pero al hacerlo introduce un elemento de inseguridad, de incertidumbre y, por tanto, de desconfianza hacia la labor del jurista. Autores como De Prada (1999, 161), destacan que las identidades de ciudadano y de jurista no resultan del todo compatibles por la inseguridad jurídica que se podría alentar. De hecho, ante la existencia inevitable de ese elemento extrajurídico se plantea la necesidad de un control más exhaustivo de la actividad judicial. Parece claro que situarnos ante una concepción del juez como creador o recreador de Derecho o del texto jurídico conforme a vivencias propias o del grupo en que aquél se integra²⁴ nos aleja de algunos presupuestos jurídicos y judiciales que parecen fundamentales en nuestra cultura jurídica: el respeto de la división de poderes²⁵, o la aplicación neutral del derecho, alejada de toda consideración valorativa. En ese sentido, dirá Hespanha (1997, 26) que, «la irrupción de los afectos aparta a la justicia de su cauce neutral y ciego». En todo caso, se trata de una realidad que es preciso admitir para evitar o mitigar en la medida de lo posible. Asegura Ferrajoli (1995, 926) que «la estricta legalidad exige moral y políticamente de los jueces que juzguen sólo jurídicamente, y no también moral y políticamente, y sólo los hechos y no también a sus autores. Sin embargo, como se ha demostrado, también ampliamente, éste es sólo un modelo normativo ideal. La heterointegración moral y política del derecho producida por el poder judicial de disposición es en efecto tan inevitable como lejano está el sistema jurídico del modelo de estricta legalidad».

²⁴ En realidad, autores como Saavedra (1994, 88) aseguran que «el juez intentará buscar “su” justicia en el texto, una justicia de la que esté personalmente convencido y de la que puede hacerse moralmente responsable».

²⁵ En concreto, olvida el sentido de la división de poderes que recuerda López Moreno (1999, 28-29) cuando asegura que: «tal separación es de capital importancia, porque la aplicación de la norma supone la presencia directa de la coacción y por ello plantea especiales problemas de legitimación a los que se ha de dar una respuesta específica, distinta de la que reclaman los problemas de legitimación de la creación normativa». La autora se sigue planteando (1999, 29) si, por ello mismo, las decisiones judiciales son decisiones políticas en cuanto estas últimas «se argumentan y son argumentables desde los fines que persigue». Ordóñez Solís (2004, 84) recuerda también que «el ejercicio desmedido de ese poder de creación es lo que se ha denominado activismo judicial. Por lo general este modo de conducirse los jueces ha sido tachado y desdeñado como una usurpación por el poder judicial de las funciones legislativas».

Son muchos los autores que han dado cuenta de esta situación dual, entre las ventajas y desventajas, con sus distintos matices y diferentes consecuencias. De un lado, Nieto (2002, 118-119), por ejemplo, asegura que «la “humanización” de la Administración de Justicia (...) contribuye a explicar buena parte de los fracasos de la misma. Porque si la persona del juez es la que logra en muchas ocasiones la realización de la justicia singular, en otras la desbarata con sus arbitrariedades». En sentido contrario, otra parte de la doctrina defiende que ese factor personal no debe ser considerado como un riesgo para la imparcialidad ya que «los prejuicios, las opiniones previas al juicio no siempre hacen perder la objetividad» Valldecabres Ortiz (2004, 155). Puyol (2006, 6) llega a defender que «las virtudes judiciales deben nutrirse de aspectos morales y emocionales como parte de la necesaria racionalidad jurídica (...) dicha desvinculación convierte la imparcialidad en indiferencia y, a la postre, en una inadecuada interpretación de la acción judicial». En todo caso, hay que precisar que con la referencia a la discrecionalidad en la aplicación o no de una determinada norma, no nos estamos refiriendo a la arbitrariedad que supone apoyar la decisión en consideraciones puramente individuales, sino que estamos presuponiendo en todo momento la debida motivación y fundamentación de la decisión conforme a derecho²⁶.

En definitiva, aceptar la presencia de la sensibilidad en el desarrollo de la función judicial nos acerca a una forma interiorizada de comprender nuestros actos que, en todo caso, reconoce que «las cosas más importantes de nuestras vidas no consisten en actos exteriores sino en disposiciones del espíritu»²⁷. Al tiempo que nos aproxima a una visión más realista de un Derecho que no ha podido, ni podrá, prever todos los supuestos. También es una llamada de atención sobre la seguridad sólo aparente que ofrecen las soluciones judiciales que dicen basarse única y exclusivamente en el Derecho creado por el legislador, sin –aparente– trampa ni cartón²⁸. Es cierto que una de las consecuencias más criticadas es la desconfianza del público general hacia las deci-

²⁶ Sobre la pregunta latente de si hay criterios para determinar si una motivación es válida o no, Prieto Sanchís (2000, 188) asegura que «la distancia que separa una argumentación racional a partir de la Constitución de una decisión subjetiva es con frecuencia demasiado tenue». Para más precisiones sobre la diferencia entre motivación suficiente y completa se puede consultar De Asís (2004, 77 ss.).

²⁷ Vid. HESPANHA (1997, 26-27). Llegando al extremo, se ha llegado a afirmar –en el contexto tan tratado de la creación judicial del derecho– que «la decisión es tomada de una manera absolutamente emotiva, por intuición (*hunch*) de las circunstancias del caso concreto, el cual debe ser decidido de una forma justa y equitativa a partir de las valoraciones del juez. El conflicto entre la ley y las valoraciones del juez debe ser resuelto a favor de las valoraciones» Wroblewski, (1989, 60).

²⁸ Y digo «aparentemente» porque como ya se encargaron de destacar los realistas, «muy por debajo de la conciencia hay otras fuerzas, las apetencias y desdenes, las predilecciones y los prejuicios, el completo de instintos, emociones, hábitos y convicciones que configuran al hombre, sea litigante o juez» Cardozo, (1955, 136).

siones judiciales: se tiene la impresión de que son «demasiado personales». Olvidamos que en todo razonamiento judicial hay, aunque no se quiera ver, un evidente componente personal que, como destacábamos previamente, resulta inevitable. De hecho, Perelman (1972, 13) destacaba que

«en el razonamiento jurídico se manifiestan las tensiones creadas por el deseo de conciliar la estabilidad con el cambio, la necesidad de adaptación y continuidad, y la seguridad con la equidad y el bien común. El valor esencial de la seguridad en el Derecho distingue el razonamiento jurídico de otras formas de razonamiento práctico. Esta es la razón por la que en este tipo de razonamiento se ha procurado minimizar la intervención de la voluntad, con frecuencia identificada con lo arbitrario y lo irracional. Pero no se puede eliminar de la argumentación jurídica el factor personal.»

En realidad, hablamos de dos concepciones del derecho distintas: una concepción estática que apuesta por una resolución formal de los casos y una concepción dinámica que tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto²⁹.

Ahora bien, creo que se pueden apuntar algunas consideraciones que, en la medida de lo posible, ayuden a comprender el sentido y la utilidad de una labor judicial «sensible». De entrada, algunos insisten en hacer referencia a una sensibilidad genérica –racionalizable, diría Hespanha en relación al amor–, no particular ni del caso concreto; ya que, de otro modo, estaríamos ante supuestos de real arbitrariedad o se podría calificar de buena o mala opción en función de quien las enjuicia desde fuera³⁰. Igualmente resulta fundamental destacar que, como dirá Costa (1997, 173), se trata de un sujeto para el que «saber luego cuáles son las características del “otro” mundo al que el sujeto “creativo” se abre es menos importante que el movimiento que le lleva

²⁹ Asegura Serra Cristóbal (2004, 83) que «incluso una decisión “fundada jurídicamente de una manera sostenible” puede estar teñida de condicionantes ideológicos, pues el juez que simpatice ideológicamente con el autor de una norma puede adoptar una actitud interpretativa estática. Por el contrario, un juez que no comulgue con la disciplina de la norma a aplicar puede optar por un criterio interpretativo dinámico, aprovechando las vías que ofrece el propio ordenamiento jurídico».

³⁰ Andrés Ibañez (1988, 139) destaca que «se corre el riesgo de que bueno o malo (en juez o en no-juez) sea al fin lo que me gusta o no me gusta, según la situación (...) ¿fue acaso mala la juez de Bilbao que sostuvo un criterio claramente contramayoría (siquiera parlamentaria) y buenos quienes no menos claramente dieron por buena una franca ruptura de la legalidad?». Sobral y Prieto (1994, 24) aseguran que «los aspectos estrictamente individuales de una decisión judicial deben ser secundarios ante los aspectos no individualizados de la misma: la decisión se dirige y afecta a otras personas y, además, se toma tras un proceso de contraste entre partes enfrentadas». Sobre la arbitrariedad por asunción de intereses ajenos se puede ver Nieto (2000, 407) quien, no obstante defiende que «los jueces tienden cada vez menos a identificarse con alguien o algo. La profesionalidad va desplazando a la personalidad individual».

hacia él, que el mundo de posibilidades que se ofrece al sujeto apenas éste se sitúa “creativamente” frente a la experiencia». Ocurre que, en realidad, en los ámbitos judiciales en los que el Derecho abre una brecha social, lo que se produce cuando el juez se pone del lado del Derecho y lo aplica es «la invención de algo que empieza a existir en el “aquí y ahora” del procedimiento jurisprudencial». Sobre todo porque el discurso jurídico presupone un proyecto de sociedad, esto es, el jurista «imagina para realizar, imagina para obrar, imagina en relación a una forma de sociedad que él (a menudo en el mismo instante) describe, prescribe, anhela», Costa (1997, 188)³¹.

Quizás el vínculo que permita unir todos los elementos del discurso se encuentra en la distancia y en el intento –peligroso– de relacionar derecho y justicia. Nieto (2002, 265) nos da las claves para asegurarlo cuando destaca que «*la Justicia es, por tanto, el instrumento que permite dar con acierto el salto de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto*»³². Ahora bien, por cuanto llevamos avanzado en el trabajo, parece claro que la decisión de utilizar el derecho para hacer justicia depende en muchas ocasiones del juez, de su particular manera de entender el derecho y el mundo. También es cierto que la textura abierta del derecho le permite esta elección. Sin embargo, no hay que pasar por alto las consecuencias. Si partimos de que el sentido de la justicia no es unívoco, parece claro que «el juez que adopta conscientemente el partido de la Justicia adquiere una dimensión heroica, puesto que, por seguir los imperativos de su conciencia, corre el riesgo, y aun la certeza, de ser denostado implacablemente no sólo por los perjudicados con sus decisiones sino también por los que tienen otras ideas sobre la Justicia y sus relaciones con el Derecho», Nieto (2002, 252).

LA FUNCIÓN EDUCATIVA DEL DERECHO Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Si intuimos que la labor personal del juez resulta clave en la protección de los derechos individuales, lo cierto es que en este momento nos parece más importante destacar su instrumentalidad en la rea-

³¹ Sobre esta idea del Derecho como constructor de realidad se puede ver el precioso trabajo de Martínez García (1992) sobre la imaginación jurídica. Asegura el autor, Martínez García (1992, 34-35) que «el derecho ostenta un poder de demarcación de la realidad y determina no sólo como deben ser las cosas sino también cómo son (...). El derecho se esfuerza, en una *creatio* continua, por la producción de una visión legítima del mundo social, por la creación “casi divina” de un mundo incuestionado».

³² En síntesis, se puede decir que «corresponde al juez dar concreción a derechos individuales y colectivos que sólo están enunciados en la ley y que, de otro modo, podrían quedar en mero enunciado», Guarnieri y Pederzoli (1999, 24, 25).

lización de la justicia. Así, en una STC 119/2001, Jiménez de Parga defendía que «el Derecho evoluciona hacia la consecución de mayores cotas de bienestar y libertad *gracias sobre todo a los esfuerzos de los ciudadanos que tratan de hacer valer sus derechos frente a la pasividad de los Poderes públicos*». Añade Nieto (2002, 263) que «la defensa estricta del derecho individual propio puede convertirse de este modo en una lucha por la Justicia abstracta, dado que los tribunales, al hilo del pleito concreto, pueden aprovechar la oportunidad para sentar doctrina general y prevenir con ella injusticias futuras». Para Ferrari (1989, 102) es un hecho probado que la consolidación de pretensiones utópicas procedentes de la base social se produce a través de la labor de interpretación concreta de los operadores jurídicos

Por ello, lo que resulta más importante y de mayor interés para la reflexión de este trabajo, es destacar que la labor que realizan los operadores jurídicos empieza a existir más allá de los intereses en juego en el juicio. Y, además, encuentra su mayor relevancia en la proyección que tiene en la conciencia social³³. Son muchos los autores que asumen esta perspectiva. Para Cardozo (1955, 135), «finalmente, queda un tanto por ciento, indudablemente no muy amplio, y sin embargo no tan pequeño como para ser despreciable, en el que una sentencia, de una u otra manera, contará para el futuro, avanzará o retardará, a veces mucho, a veces poco, el desarrollo del Derecho». En el mismo sentido, dirá Saavedra (1994, 98) que «no hay que limitar los participantes en el proceso de aplicación del derecho a las partes actuantes e inmediatamente afectadas por la decisión (...) toda la sociedad se ve afectada por ella, y todos sus miembros pueden considerarse como participantes». Desde este planteamiento, dirán Guarnieri y Pederzoli (1999, 18) que se impone al juez una lógica prospectiva, que tenga en cuenta los objetivos previstos para esas normas. Si bien es cierto que también hay autores que no son tan optimistas en la proyección social de las decisiones judiciales y siguen insistiendo en que éstas tienen fundamentalmente una limitación al caso concreto y carece de esquemas de decisión abstractos y generales³⁴.

Así pues, es preciso contar con que uno de los efectos del Derecho, de su existencia y, sobre todo, de su aplicación, es el de la educación ciudadana que se fomenta a través de la aceptación progresiva de las decisiones judiciales que se arrojan valores asumidos previamente por la legislación y la Constitución. Y para profundizar

³³ Costa (1993, 173) asegura que «es a través de una drástica revisión de la hermenéutica "formalista" como la imaginación adquiere derecho de ciudadanía e indica como línea de desarrollo de la actividad jurídica, en particular de la actividad jurisprudencial, el nexo de subjetividad-invencción-cambio».

³⁴ Sobre esta limitación de las decisiones judiciales se puede ver, entre otros, Salvador Ruiz-Pérez (1981, 204, 205, 206) cuando afirma que «la solución judicial, que debe ser siempre individual, tiene necesariamente un efecto comunitario».

en este tema, algunos consideran oportuno volver de nuevo a la moral y al comportamiento del juez. En este sentido, recuerda Malem Seña (2001, 394) el teorema de Thomas según el cual «si una acción se vive como real, sus consecuencias terminarán siendo reales. Si los ciudadanos consideran que el juez actúa torticeramente, se comportarán respecto de él como si efectivamente así lo hiciera». Más precisamente, sigue defendiendo que «si un condenado o alguien que ha perdido un juicio observa que el comportamiento del juez es exactamente igual al hecho que motiva la sentencia que le es adversa descreerá de la justicia, no se sentirá vinculado a ella y el mensaje reprobatorio contenido en el fallo perderá su fuerza motivante desde un punto de vista pragmático». De nuevo nos encontramos con la cuestión ya aludida de la *auctoritas* del juez. Avanzando un poco más, asegura que estas disquisiciones sobre la moral de los jueces sólo tienen sentido cuando partimos de que «las normas jurídicas en general y las sentencias en particular cumplen también una función simbólica de carácter ideológico-moral en apoyo de los fines que sustentan o promocionan, y no únicamente respecto del condenado sino también respecto de toda la sociedad».

Igualmente podemos considerar que uno de los factores que favorecerán la credibilidad de las decisiones judiciales y consolidará su influencia social posterior será la vinculación de éstas con la realidad en que pretenden imponerse. Desde ese planteamiento, parece evidente la importancia de la interpretación judicial en la creación de sentido. Destaca –no sin matices– Nieto (2002, 118) que «lo decisivo no es la realidad de la Ley sino la de los jueces, porque con malas leyes y buenos jueces funciona el Estado de Derecho; mas no a la inversa»³⁵. Desde esta perspectiva, son muchos los autores que han puesto de manifiesto la importancia de que el juez conozca la realidad social que enjuicia, para que la legislación pueda responder a las demandas sociales constantemente actualizadas. De hecho, la tendencia a la estabilidad del Derecho sólo se verá compensada «por la sensibilidad del jurista para captar las aspiraciones de cada hora»³⁶. Y, por supuesto, por la capacidad de la judicatura para luchar por los derechos de todos y hacer posible que no vivamos el Derecho como «justo y cerrado»³⁷. El problema evidente es saber de qué realidad social hablamos y cuándo apreciar transformaciones sociales reales. Por algo el argumento

³⁵ Así asegura que «el significado que en consecuencia dan los jueces a la ley, sin embargo, no tiene privilegios, no vale necesariamente más que el del resistente que ellos mandan a la cárcel. Al dar a la ley ese significado, destruyen los mundos que podrían construirse sobre el derecho de las comunidades que quedan sometidas a la violencia superior del Estado, y radicalizan los compromisos de aquellos que siguen resistiendo».

³⁶ Vid. Salvador Ruiz-Pérez (1981, 219) que añade que «su servicio de contribución al cambio social no puede prestarlo de otra manera: con sensibilidad y conocimiento de la sociedad y como factor de equilibrio y conformación».

³⁷ Expresión de Menéndez Menéndez (1997, 93).

sociológico del artículo 3.1 del Código Civil se aplica con tanta dificultad, Pérez Algar (1995).

En relación con esta cuestión de la función «educativa» del derecho, Soriano (1997, 386) va más al fondo y se plantea dos cuestiones previas que no hay que dar por sentadas: si el Derecho puede y si debe educar. El autor asegura que puede educar y educa efectivamente en cuanto «corren a través de sus intersticios los criterios morales de la sociedad en la que se aplica». A ello añade Ferrari (1989, 122-123) que la función de educación del derecho está relacionada con la función persuasiva de los modelos jurídicos, con la utilización del Derecho como instrumento político para intervenir en la sociedad, sea facilitando las relaciones sociales, sea modificando los comportamientos y valores sociales. Gusfield (1977, 504) confirma esa función simbólica de las decisiones judiciales cuando destaca que «una decisión judicial es un gesto que a menudo ensalza los valores de un grupo y degrada los de otro». Ahora bien, más dudoso le resulta a Soriano (1997, 386) concluir que deba educar porque considera que «el derecho es para muchos una técnica social, unos criterios de ordenación, que deben ser asumidos e impuestos, pero que deben respetar en la mayor medida posible las valoraciones y juicios de las personas». En todo caso, es necesario pensar que aunque el Derecho y su aplicación educan, lo hacen en coalición con otros factores. En ese sentido resultan muy acertadas las reflexiones de López Calera (2000, 463) cuando apunta que

«es posible que el derecho sirva o colabore a un determinado cambio social en cuanto que los sistemas sociales no son absolutamente homogéneos y están llenos de contradicciones (...). El derecho puede cambiar para que cambie la sociedad, sin que ello signifique que posea una virtualidad necesaria, porque nunca se sabrá con exactitud dónde comienza la acción del derecho que transforma la sociedad y dónde comienza la acción misma de los grupos sociales que transforman el derecho.»

TRES SITUACIONES EJEMPLARES

Para ilustrar y concretar algunas de las hipótesis apuntadas, relativas al espacio y sentido de la sensibilidad en el desempeño judicial, a la tarea educativa del poder judicial y al consiguiente efecto en la evolución o involución sociales, me gustaría dejar brevemente anotados tres supuestos muy heterogéneos y que pueden ser discutibles. Sin embargo, todos ellos tienen en común la importancia de la «sensibilidad» –digámoslo así– judicial en su resolución: unas veces favorable a la aplicación rigurosa y decidida del derecho, en ocasiones crítica de

la propia norma legal, o incluso contraria a su aplicación rigurosa al caso concreto.

El primer supuesto que queremos traer a colación, nos coloca ante el uso explícito de la sensibilidad en la aplicación de un derecho sobre cuyo objeto no existe unanimidad a nivel social: el maltrato a los animales castigado efectivamente en el Código Penal. Unos lo consideran como una cuestión menor, frente a otras de mayor calado. Otros lo ven como un cuestionamiento de costumbres fuertemente arraigadas en el Estado español. Algunos, una intromisión incomprensible en el uso de la propiedad privada –los animales como cosas–. En realidad, antes de 2003 –en que se produjo la reforma del Código Penal– estábamos ante una situación en que el maltrato de animales domésticos era una falta que apenas tenía repercusión en la práctica judicial o, cuando la tenía, recibía una interpretación muy restrictiva de la conducta típica. Ese mismo año, unos acontecimientos brutales ocurridos en una protectora de Tarragona consiguieron despertar una conciencia social aletargada. A raíz de esos hechos se convocaron varias manifestaciones en distintos puntos del territorio español que consiguieron alentar un debate en profundidad sobre el tema. Parecería que la única manera de modificar las leyes es a través de la alarma que genera mostrar los delitos flagrantes, en directo, con toda su carga de realidad y crueldad. Los grupos parlamentarios que apoyaban la propuesta de transformar en delito la violencia gratuita contra animales domésticos anteponían –aunque suene contradictorio– que castigar con mayor dureza era una cuestión de «sensibilidad» y de humanidad y que, en realidad, el legislador estaba dando respuesta a una clara demanda social en ese sentido. Vemos, por tanto, cómo las «sensibilidades» divergen según los temas de que tratamos.

En concreto, el artículo 337 del Código Penal –introducida en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre–, entró en vigor en octubre de 2004³⁸. Declara lo siguiente:

«Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.»

Ahora bien, ya destacábamos que cuando las leyes surgen de una situación de alarma puede que su función simbólica se realice con su sola publicación. Por ello parecería también que era necesari-

³⁸ Se ubicó en un variopinto título XVI relativo a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente.

rio un *plus* de sensibilidad para hacer eficaz la disposición del Código Penal. Con la eficacia normativa en ocasiones se pretende castigar sin más al maltratador individual que comete atrocidades contra seres generalmente indefensos. En muchas otras, se quiere que una sentencia severa sirva de ejemplo contra prácticas –generalizadas y a veces asumidas– que atentan contra la integridad de los animales y la sensibilidad de las personas. Se puede constatar que, en estos últimos años, son muchas las decisiones judiciales que avalan la postura del legislador y que deciden apostar por los valores subyacentes a la norma, aplicándola. Unas veces la jurisprudencia aborda la protección de los animales y el reconocimiento de su función social³⁹: como es el caso del Juzgado de Primera Instancia (número 32) de Barcelona que impuso una multa de 2.000 euros a la dueña de un pastor alemán que mató a un cachorro de yorkshire. La motivación se apoyaba en los daños morales que sufren los que pierden a un ser querido⁴⁰. En otras ocasiones, no sólo se castiga el maltrato activo, sino que se sanciona igualmente la negligencia que supone –y que todo el mundo conoce–, por ejemplo, dejar un perro en el mes de agosto encerrado en el maletero del coche, causándole la muerte por asfixia y arrojarlo posteriormente a un contenedor de basura. A veces, la jurisprudencia decide intervenir y poner fin a una «costumbre» arraigada en España como es la de matar por ahorcamiento a los galgos que se consideran inútiles después de toda la vida dedicados a la caza –tema sacrosanto por demás–. Son cada vez más las sentencias en ese sentido, pero todavía se cuentan como excepciones. Es destacable que en todos ellos la parte acusadora sigue estando ocupada única y exclusivamente por las asociaciones protectoras de animales y el Ministerio Fiscal. Pero en todo caso son decisiones importantes porque van calando en el tozudo imaginario social. En resumen, se trata de un tema en el que es precisa una especial sensibilidad para intervenir, hacer que el Derecho viva, vaya más allá de la decisión individual y así eduque.

El segundo caso nos lleva a situaciones de «sensibilidad» contraria a la recogida por el Derecho. Algo que puede ocurrir cuando, como ya destacábamos, el legislador abandera derechos e intereses de grupos –más o menos– minoritarios, no compartidos por todos los miembros de la sociedad. Ese fue el caso de la reforma del Código Civil que equipara en derechos –en todos– a los matrimonios de parejas homosexuales y heterosexuales. Días antes de su aprobación y al día siguiente de su publicación y entrada en vigor aparecieron las primeras mani-

³⁹ Más precisamente M. Canedo (2007) recuerda la importancia de los animales en el servicio público.

⁴⁰ Decía la sentencia «que ha sido calificada de sensiblera, más que de sensible» que «si hay una cosa que nadie ha podido comprar con dinero, ésa es el movimiento de la cola de un perro».

festaciones a favor de la objeción de conciencia y a las pocas semanas la abstención a la hora de celebrar «bodas gays». Simplemente hubo algunos prácticos del derecho que se negaron a aplicar un Derecho con el que no estaban de acuerdo. Otros apostaron por las vías legales y presentaron algunas cuestiones y recursos de inconstitucionalidad sobre la norma en concreto. Más precisamente, algunos sectores sociales que sí estarían dispuestos a aceptar los matrimonios entre personas del mismo sexo, se mostraron reacios a aceptar una paternidad homosexual y se oponen rotundamente a que estas personas puedan adoptar anteponiendo el interés del menor. Ahora bien, el Derecho lo permite y es difícil justificar una decisión en sentido contrario.

Es lo que debió ocurrirle a un juez de Murcia que decidió anteponer sus valoraciones morales a las impuestas por la ley. Por ello negó a una madre la custodia de sus hijas por mantener «relaciones lésbicas». En el auto pronunciado el año pasado, el juez se refería sin ningún tipo de ambages al «perjuicio para las hijas que se deriva de la relación que la madre sostiene con una tercera persona y que lógicamente no se limita a un hecho aislado». Añadía que «la madre tendrá que elegir entre sus hijas y su pareja». A criterio del juez, la condición homosexual perjudica a los hijos porque tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Aseguraba que «es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores, y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean. Esa formación integral es imposible que se la dé un progenitor homosexual, por mucho respeto que me merezcan las personas homosexuales, pero aquí prevalece el interés superior del menor». Aunque es la posición que mantienen algunos grupos sociales en España, la respuesta del Consejo General del Poder Judicial fue la intolerancia total de estas manifestaciones contrarias al derecho en vigor. Consciente sobre todo de la repercusión que tiene una sentencia en un sentido o en otro a la hora de consolidar o echar por tierra una disposición, la primera medida que tomaron sus superiores fue la suspensión del juez en cuestión⁴¹.

También se podría decir que la solución por parte del juez de las lagunas axiológicas, atendiendo a la justicia del caso concreto o a criterios de equidad, ponen igualmente a prueba su sensibilidad⁴². El juez se encuentra con que existe una solución prevista en el ordenamiento jurídico, pero ésta es percibida como claramente injusta, incoherente, poco adecuada a las circunstancias del caso. De nuevo esta-

⁴¹ En relación con la objeción de conciencia de un juez, destaca Ruiz-Miguel (1993, 152) que «el conflicto de un juez cuyas convicciones morales son opuestas a una ley no es tan fácil de resolver como sugiere la propuesta de que dicte una sentencia contra la ley. Si en su balance moral todavía pesan más las obligaciones personales que las institucionales, tal vez su única salida sea el abandono de la función judicial».

⁴² Sobre lagunas axiológicas se puede ver, entre muchos otros, Alchourron y Bullygin (1998), Atria (2005), Rodríguez (1999), Falcón y Tella (2005).

mos ante la distancia que separa al legislador que legisla para una generalidad de situaciones, de quien lo aplica, que debe ajustar ese derecho genérico a las circunstancias del caso concreto. Un caso que ocurrió hace unos tres años puede ilustrar la necesaria sensibilidad del operador jurídico para resolver el caso. De hecho, el juez de primera instancia resolvió según criterios de legalidad formal, en tanto que el que resolvió el recurso decidió atender a la justicia material y decidir según la equidad del caso⁴³.

En concreto se trata del caso de Raimunda que llegó desde Zamora a Madrid con sólo 16 años y desde entonces se dedicó a trabajar en todo lo que pudo. Tuvo una hija, que con 19 años se enganchó a la heroína y poco después ésta dio a luz a un hijo al que llamó Darío. Raimunda se hizo cargo del nieto porque ni su hija, ni el padre del niño podían ocuparse de él debido a su fuerte adicción a las drogas. Fueron las drogas las que mataron a la hija y a los tres años también al padre de Darío. De manera que Raimunda crió y educó a su nieto como si hubiera sido su propio hijo. La casualidad y la mala suerte quisieron que el chico muriera en un accidente de tráfico cuando iba a visitar a un amigo antes de entrar a trabajar. La ley establece que, en caso de muerte, a los abuelos les corresponde una indemnización de 22.569 euros y a los padres de 82.750 euros. En primera instancia se consideró que la ley era clara, la premisa menor también y la consecuencia deductivamente irrefutable. Sin embargo, Raimunda asegura que no es justo porque «no es que tuviéramos una relación estrecha, es que era mi hijo». Lo había criado igual que si hubiera sido suyo. La negociación con la compañía fue inútil y Raimunda decidió llevar el caso ante los Tribunales pidiendo la indemnización que la ley asigna a la madre que ha perdido a su hijo en un accidente. El desenlace final ya lo hemos avanzado: la deducción de la consecuencia resulta injusta. Pero parece claro que es preciso un *plus* de sensibilidad para percibirlo y apreciarlo.

PARA CONCLUIR: SOBRE LA ÉTICA DE LOS JUECES

La idea final de este trabajo parece sencilla. En realidad, podría ser una clase de Teoría del Derecho en la que recordamos que el silogismo jurídico, aunque válido como esquema de trabajo para el jurista, no deja de ser una ficción, que todos sus elementos se construyen y, en consecuencia, sus fases son valorativas e ideológicas. Aunque hay autores que hacen una lectura contraria, esto es, defienden que, aunque el silogismo es una ficción, sigue teniendo su utilidad como esquema mental. Son muchos los teóricos y prácticos que, desde los

⁴³ Para ver con más detalle el desarrollo y las implicaciones del caso en otras cuestiones, ver Bernuz (2008, 161-162).

movimientos antiformalistas, han asumido que en las decisiones judiciales no sólo hay derecho, sino elementos irracionales, factores económicos, intereses personales, valores morales. Es el propio Derecho el que permite un margen de maniobra importante dentro del respeto de los principios y valores constitucionales y siempre y cuando la decisión esté motivada interna y externamente. Pero es importante recordar que el elemento valorativo de las decisiones judiciales dignifica la profesión jurídica y le otorga un poder real. Sin embargo, es preciso ir un poco más lejos para subrayar algunas razones por las que es importante prestar más atención al lugar de la sensibilidad en el desempeño de la función judicial.

Primero, porque aunque incomprensible, lejano, criticado y vapuleado el poder judicial sigue siendo una institución social de cierta relevancia: su opinión sigue teniendo *auctoritas*. Además, porque si la ley sólo es una hipótesis que espera ser realizada, cuando los jueces se identifican con sus valores subyacentes para apostar por ellos, las leyes son más fácilmente aplicadas y puestas en marcha. Igualmente es preciso tomar conciencia de que el derecho que se comprende más fácilmente –con el que empatizamos– es el que se ha aplicado al caso concreto y a circunstancias particulares, no el derecho que se refiere a un sujeto *x* en una circunstancia *y*. Y en el mismo sentido, parecería que el Derecho que se hace efectivo de forma reiterada es entendido como un derecho más verdadero y más obligatorio. Por eso mismo podríamos defender que las decisiones judiciales viven y son reales más allá del sujeto al que se refieren y trascienden socialmente: educan y son capaces de modificar hábitos haciendo que las pretensiones legales se puedan convertir en costumbres. Porque –parafraseando a Hart– los derechos sólo valen lo que valen quienes los hacen valer, parece que sólo se conseguirá cambiar costumbres pretéritas y prácticas irracionales cuando los jueces asuman las leyes como mecanismos reales de cambio y de transformación social. En todo caso, es preciso tener presente que la justicia de los jueces impone una dinámica de perdedores y ganadores. De manera que hará triunfar más fácilmente los valores que comparten, al tiempo que dejará de lado y echará por tierra los que denigran. Unos, los que compartan su sensibilidad lo aplaudirán. Por su parte, los que no la compartan creerán que la justicia no lo es tanto. La cuestión será, quizás, si pueden y deben los jueces asumir esta apuesta.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Astrea. Se puede consultar en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45707392103492762565679/index.htm>

- ALARCÓN CABRERA, Carlos (2002): «Emotividad y justicia», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 1, Alcalá, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, pp. 19-48.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (1988): *Justicia/conflicto*, Madrid, Tecnos.
- (1984): «Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces», *Sistema* 58, pp. 77-89.
- ASÍS DE, Rafael (2005): *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson.
- (1994): «Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial», *Doxa* 15-16, pp. 913-928.
- ATIENZA, Manuel (1998): «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Claves de la razón práctica* 86, pp. 32-42.
- ATRIA, Fernando y otros (2005): *Las lagunas en el Derecho: una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons.
- BERNUZ BENEITEZ, María José (2008): «Igualdad (y diferencia)», en A. García Inda y C. Marcuello Servós (coords.), *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Madrid, Los libros de la Catarata, pp. 141-165.
- BONIFAZ ALFONZO, Leticia (1993): *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Editorial Porrúa.
- CANEDO, Marguerite (2007): «Les animaux du service public. État des lieux», en *Le Droit administratif: permanences et convergences*, Paris, Dalloz, pp. 167-232.
- CARDOZO, Benjamín N. (1965): *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Ediciones Arayú.
- CAVALLI ASOLE, Eduardo (2003): «Acerca de las emociones y la decisión judicial», *Revista uruguaya de derecho procesal* 3, pp. 427-444.
- COSTA, Pietro (1997): «Discurso jurídico e imaginación. Hipótesis para una antropología del jurista», en Petit, Carlos (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, CEC, pp. 161-190.
- COVER, Robert (2002): *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, edición a cargo de Christian Courtis, Barcelona, Gedisa.
- DE PRADA GARCÍA, Aurelio (1999): «De juristas y ciudadanos. Teoría y práctica en la aplicación del derecho», en López Moreno, Angeles (coord.), *Teoría y práctica en la aplicación del derecho*, pp. 153-170.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J. (1982): «Los juicios de valor en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 33-59.
- FALCÓN Y TELLA, María José (2005): *Equidad, derecho y justicia*, Madrid, Ramón Areces.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2005): *Del arbitrio y de la arbitrariedad*, Madrid, Iustel.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (1997): *El juez imparcial*, Granada, Comares.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- FERRARI, Vincenzo (1989): *Funciones del derecho*, Madrid, Debate.
- FROSINI, Vittorio (1995): *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, Ariel.

- GÉNY, François (2007): «Justicia y fuerza para la integración de la fuerza en el derecho», en Bernuz Beneitez, M.J.: *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Granada, Comares, pp. 69-85.
- GÓMEZ JIMÉNEZ-CISNEROS, Juan (1959): *Los hombres frente al derecho*, Madrid, Aguilar.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José (2003): *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson/Instituto Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III.
- Grossi, Paolo (2006): *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia (1999): *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus.
- GUSFIELD, Joseph R. (1977): «Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance», en L. Friedman y St. Macaulay (coords.), *Law and Behavioral Sciences*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, pp. 503-520.
- HABA, Enrique P. (2006): *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid, Dykinson.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- HESPAÑA, Antonio M. (1997): «La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno», en Petit, Carlos (ed.) (1997): *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, CEC, pp. 23-56.
- (1993): *La Gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, CEC.
- HIERRO, Liborio (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- IHERING, Rudolph (1976): *La lucha por el derecho*, Madrid, Doncel.
- KELSEN, Hans (1966): «¿Qué es el positivismo jurídico?», *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo XVI, núm. 61.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (2000): «Funciones del derecho», en Garzón Valdés, E. y F.J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 457-465.
- LÓPEZ MORENO, Ángeles (1999): «La idea de “mezcla adecuada” en el proceso de aplicación e interpretación del derecho», en López Moreno, Ángeles (coord.), *Teoría y práctica en la aplicación del derecho*, pp. 17-36.
- MALEM, Jorge; OROZCO, Jesús, y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.) (2003): *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa.
- MALEM SEÑA, Jorge (2001): «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», *Doxa* 24, pp. 379-403.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Carmen (1996): *Análisis psicosocial del prejuicio*, Madrid, Síntesis.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1997): «Sobre lo jurídico y lo justo», en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, pp. 63-93. (también en *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Canovas del Castillo, pp. 993-1004).

- NAVARRO, Pablo E. (1990): *La eficacia del derecho*, Madrid, CEC.
- NIETO, Alejandro (2002): *Balada de la ley y la justicia*, Madrid, Trotta.
- (2000): *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel.
- NONET, Philippe, y Philip SELZNICK (1978): *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper Torchbooks.
- NUSSBAUM, Martha (1997): *Justicia poética*, Barcelona, Editorial Andrés Bello.
- OLIVER, Daniel (2007): *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho a la luz de las teorías comunicativas de la legitimidad*, Zaragoza, tesis doctoral.
- (2008): «Los argumentos sobre la eficacia de la ley», *Paper presentado en workshop sobre Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho*, IISJ, Oñati, 17-18 abril 2008.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2004): *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Cizur Menos, Aranzadi.
- PERELMAN, Chaïm (1972): «Le raisonnement juridique», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 7.
- PÉREZ ALGAR, Felix (1995): *La interpretación histórica de las normas jurídicas: análisis del artículo 3.1 del Código Civil*, Barcelona, Bosch.
- PÉREZ RUIZ, Carlos (1996): *La construcción social del derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla.
- PETIT, Carlos (ed.) (1997): *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, CEC.
- PUYOL, Angel (2006): «La inteligencia emocional de los jueces. Violencia machista y virtudes judiciales», *Jueces para la democracia* 56, pp. 6-14.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa* 23, pp. 161-195.
- RODRÍGUEZ, José Luis (1999): «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa* 22, pp. 348-368.
- RUIZ-GALLARDÓN, Isabel (2007): *La mente del jurista*, Pamplona, Aranzadi.
- RUIZ-MIGUEL, Alfonso (1993): «Leyes y sentencias erróneas», en Gregorio Peces-Barba (coord.), *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, Madrid, Universidad Carlos III/Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, pp. 143-152.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto (2000): «Jurisdicción», en Garzón Valdés, E. y F.J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 221-230.
- (1994): *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara.
- RUIZ-PEREZ, Salvador (1981): *Juez y sociedad*, Málaga, Librería Ágora.
- SEGURA ORTEGA, Manuel (1998): *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2004): *La libertad ideológica del juez*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, y PRIETO EDERRA, Angel (1994): *Psicología y ley. Un examen de las decisiones judiciales*, Madrid, Eudema.
- SORIANO, Ramón (1997): *Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- TARUFFO, Michele (2005): «Jueces y política», *Isonomía* 22, pp. 8-18.
- VALLDECABRES ORTÍZ, M^a Isabel (2004): *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- VERNENGO, Roberto J. (2000): «Interpretación del derecho», en Garzón Valdés, E. y F.J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 239-265.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1989): *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastian, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.
- ZACCARIA, Giuseppe (2004): *Razón jurídica e interpretación*, Trabajos compilados por Ana Messuti, Cizur Menor, Aranzadi.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.