

BIBLIOGRAFÍA

ENTRE ARBITRIO JUDICIAL Y ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA¹

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO
Magistrado del Tribunal Supremo

I

Se reedita ahora este libro, originariamente publicado en 1998 por la editorial Ariel. Su contenido permanece inalterado, salvo el prólogo de Tomás-Ramón Fernández y dos textos añadidos al final: uno de Alejandro Nieto, consistente en un capítulo de su obra de 2017 *Testimonios de un jurista*; y otro del propio Tomás-Ramón Fernández, que es su última lección con ocasión de su jubilación como catedrático en 2011. Se trata de un intercambio epistolar entre estos dos distinguidos administrativistas (en adelante, AN y TRF), que en su día tuvo un innegable eco, como lo demuestran las varias reimpressiones de aquella primera edición.

Todo empezó con el discurso que AN pronunció en 1996 al ser investido doctor *honoris causa* por la Universidad Carlos III de Madrid. En dicho discurso, relativamente breve, el homenajeado hizo un rápido repaso a las sucesivas concepciones que había tenido del derecho desde que medio siglo antes inició sus estudios universitarios en Valladolid: el conocimiento exigido para las oposiciones, una construcción intelectual, el sistema normativo, unos principios generales, lo que deciden los jueces, el espíritu de los juristas. Y expuso cómo fue abandonando cada una de esas concepciones del derecho, a medida que dejaron de coincidir con su percepción de la realidad. Se trata de un texto caracterizado por un escepticismo absoluto y un estilo descarnado, inusual en ceremonias académicas gozosas. Ese discurso dio pie a TRF para proponer a AN un diálogo por escrito. Así, tras el discurso de AN y una primera carta de TRF, se incluyen las réplicas y dúplicas que alternativamente se fueron enviando entre julio de 1997 y julio de 1998. En total son diecisiete cartas, seguidas de las dos codas arriba mencionadas.

¹ A propósito del libro de Alejandro Nieto y Tomás-Ramón Fernández, *El Derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, nueva edición ampliada, Granada, Comares, 2024.

El punto de partida —o, si se prefiere, la causa del desencanto de AN con el derecho— es la frecuente discordancia entre sentencias que abordan un mismo problema. Ello le conduce a la convicción de que el «dogma de la univocidad de la ley y la solución normativa correcta» —en el que, al parecer, él se había formado— es falso y, en consecuencia, el derecho carece de sentido. La vida jurídica tendría, así, algo de impostura. Casi todas sus cartas son variaciones sobre este tema. Es verdad que TRF contraargumenta, intenta mostrar aspectos útiles y positivos, llevar la discusión a otras zonas; pero AN es imperturbable, hasta el punto de resultar repetitivo. A veces llega a utilizar un tono irritante. Todo ello hace que la lectura de este libro exija cierta disciplina. Solo hacia el final, con las cartas 17 y 18, la rigidez de AN se relaja un poco y comienza a haber algún diálogo digno de tal nombre.

Algunos aspectos del pensamiento de ambos interlocutores merecen ser destacados, pues ayudan a comprender sus posiciones respectivas. AN considera que el juez es esencialmente libre con respecto a las pautas que le marca el legislador. Admite que debe justificar sus decisiones; pero, al contrario que TRF, no cree que el control mediante una motivación tomando como rasero la buena técnica jurídica pueda ir más allá de determinar lo que resulta inaceptable. En otras palabras, la técnica jurídica solo permite —en la mejor de las hipótesis— un control puramente negativo de la motivación de las sentencias y, por consiguiente, no impide la pluralidad de soluciones jurídicamente correctas, que es su principal inquietud. A este respecto le dice a TRF que este es el «profundo foso que nos separa».

En estrecha relación con lo anterior, AN manifiesta su escaso aprecio por los más famosos cultivadores de la moderna teoría de la argumentación, a los que cita por su nombre y reputa enrevesados y confusos. Solo salva, porque «es otra cosa», a Chaim Perelman. Y la verdad es que su opinión de la doctrina académica, que podría operar como contrapeso para el juez, tampoco es buena. Dice que está formada por juristas eruditos, que viven encerrados en sus textos y sus dogmas, sin prestar ninguna atención a la realidad. Más aún, afirma estar rodeado de «positivistas cerriles y voluntaristas frívolos», dando así a entender que solo hay quienes son incapaces de alejarse del texto de la ley y quienes, en el extremo opuesto, entienden que los principios permiten alcanzar cualquier objetivo que uno se proponga. El principal problema de la doctrina académica española, según AN, sería su falta de tradición o consistencia histórica: resulta muy significativa su afirmación de que para ver en España a un jurista digno de tal nombre hubo que esperar a don Federico de Castro. Sobre la actual doctrina académica piensa que su mayor enemigo es la dispersión.

Si los universitarios no sirven para encauzar y controlar la actividad judicial, su esperanza en los prácticos del derecho es aún menor. «En la universidad no se cultivará la ciencia, pero desde luego se la respeta. En los ambientes profesionales, en cambio, la ciencia suele ser desconocida y, si se tiene noticia de ella, se la desprecia sin disimulo.» Esta cita habla por sí sola: no cree AN que de las profesiones jurídicas quepa esperar especial rigor.

En cuanto a TRF, su argumentación es más variada y matizada. Seguramente acepta la tesis de que cada caso admite una única solución correcta en derecho, como lo demuestra su insistencia en la necesidad de buena técnica jurídica. En algún momento llega a decir que solo una vez en su carrera se ha enfrentado a un problema que, con arreglo a criterios técnicos depurados, admitía dos soluciones posibles. Y a este respecto considera que lo crucial en la decisión judicial es el acierto de la motivación, sin que resulte relevante —contrariamente a lo sostenido por AN— si el juez primero llega a tomar una decisión y solo entonces elabora un razonamiento para justificarla. Es significativo que TRF no niega que ello sea así en la realidad: simplemente entiende que no tiene importancia siempre que la motivación sea correcta. Su adhesión a la mencionada idea llega al punto de observar, hacia el final del intercambio epistolar, que el jurista en todo caso debe actuar como si solo hubiese una solución correcta; es decir, incluso en la hipótesis —a su juicio irrealizable— de que alguna vez cupiera más de una solución correcta no debe partirse de ese presupuesto.

Hay otras ideas que tienen especial peso en el razonamiento de TRF. Una es que el derecho es un «oficio de artesanos». Ello tiene para él importantes consecuencias. De entrada, le lleva a subrayar la importancia de lo que denomina el «escenario procesal», afirmando que lo crucial en la vida jurídica no es tanto buscar —ni alcanzar— la justicia universal como lograr soluciones para los conflictos. Y en este sentido observa que la existencia de casos absolutamente iguales es muy rara. Además, el carácter esencialmente artesanal de la labor del jurista le conduce a manifestar reiteradamente su convicción sobre la superioridad del *common law*, verdadero heredero —en cuanto a actitud y método— del derecho romano. Ese enfoque casuístico y pragmático, engarzado en un sistema de precedentes, permite eludir la catástrofe que para los juristas continentales suponen la quiebra de las teorías dogmáticas o simplemente los cambios legislativos.

Otra idea importante en TRF, que guarda alguna relación con la anterior, es la deficiencia de la educación jurídica en España. Tan es así que, a su modo de ver, «en este país nuestro todos los juristas somos autodidactas, desde hace tres siglos al menos». En el mejor de los casos, algunos han tenido la suerte de ser formados en el taller de un maestro. Da así a entender que la enseñanza universitaria no proporciona los conocimientos jurídicos realmente necesarios. Su opinión sobre la doctrina académica, por lo demás, dista de ser positiva. «Y lo mismo eso que llamamos enfáticamente la doctrina, para la que lo más importante ha pasado a ser dar cuenta, generalmente mal, de las últimas leyes y las últimas sentencias aparecidas en todos los países de alguna significación. Estar bien informado es lo único importante; pensar, en cambio, no le importa a nadie.»

Llegados a este punto, puede tener interés hacer una breve comparación entre la visión de AN y la de TRF, aparentemente tan distantes una de otra. Sin lugar a dudas, el tono y el talante son muy diferentes. Aunque TRF no elude hacer algunos juicios severos, su lenguaje suele guardar cierta distancia y rara vez cae en el desgarro. AN, por el contrario, parece recrearse en el tremendismo.

Nada de ello empaña el excelente castellano de ambos, siempre claro y elegante. Esto, por lo que hace al tono. Y en cuanto al talante, AN es de un pesimismo negro y sin paliativos, mientras que TRF —a pesar de sus muchas opiniones críticas— atribuye utilidad al derecho y, desde luego, muestra un espíritu esperanzado.

Este contraste tan acentuado en lo externo no debería inducir a error en cuanto a la discrepancia sustantiva o de fondo entre ambos interlocutores. Una lectura superficial o apresurada de este libro podría conducir a la conclusión de que mantienen posturas irreconciliables. Pero la verdad seguramente es más matizada. En el punto de partida elegido por AN —la aceptación o el rechazo de la tesis de la única solución jurídicamente correcta, con su reflejo en el fenómeno de las sentencias divergentes en casos similares— ciertamente discrepan. Y también lo hacen con respecto a la credibilidad misma de la actividad judicial y, más en general, de todos los juristas tanto prácticos como teóricos. Cosa distinta es en qué medida la posición que se adopte sobre el citado punto de partida conduce ineludiblemente a unas u otras visiones sobre la utilidad del derecho, es decir, si cabe pensar que el pesimismo y el optimismo jurídicos están realmente en función de que se niegue o se acepte la idea de que cada caso solo admite una solución jurídicamente correcta.

Sin perjuicio de volver luego sobre ese interrogante, baste ahora observar que TRF está cargado de razón cuando dice que «mucha gente tiene inclinaciones teológicas sin saberlo». Este es un modo delicado de dar a entender que tal vez la pérdida de fe de AN tiene que ver con expectativas insatisfechas, originadas por una creencia inicial en el derecho como un sistema dogmático perfecto e infalible. TRF señala en el nuevo prólogo que tras toda obra jurídica —teórica o práctica— hay un acervo cultural que normalmente no se ve, pero que a menudo es preciso conocer para comprender aquella. Así, es difícil evitar la impresión de que el distinto «acervo» de AN y de TRF —la diferente «circunstancia» en el sentido orteguiano— es mucho más determinante de sus discrepancias que la actitud de cada uno frente al fenómeno de las sentencias divergentes sobre una misma cuestión. Por decirlo sin ambages, creo que el desacuerdo entre AN y TRF versa en el fondo sobre si tiene o no tiene sentido ser un profesional del derecho (catedrático, abogado, juez, etc.) y, por tanto, es más existencial que otra cosa.

Vale la pena añadir que, a pesar de todo, de la lectura de este libro se desprende que ambos concuerdan en dos extremos, que distan de ser secundarios. Uno es la crucial importancia de la motivación, que solo puede satisfacerse mediante una depurada técnica jurídica. Es verdad que AN no considera que ello sea suficiente, pero en ningún momento abdica de su exigibilidad. El otro extremo en que están muy de acuerdo es en reputar pobre la formación de los juristas españoles y, en conexión con ello, en una valoración no muy positiva de la doctrina académica de nuestro país.

II

Mi primera impresión sobre este libro es de extrañeza. Desde mi experiencia como profesor y como magistrado, no deja de parecerme sorprendente el punto de partida de todo el debate entre AN y TRF, que es además la causa de la pérdida de confianza de aquel en el derecho. El detonante, como se ha dejado dicho, es el fenómeno de las sentencias divergentes sobre un mismo problema y la inferencia de que ello invalida la tesis de que cada caso solo admite una solución jurídicamente correcta. Lo primero (sentencias contradictorias) es un hecho: cualquiera que sea su frecuencia y cualquiera que sea su explicación, no cabe negar que existen. Lo segundo (única solución correcta) es un dogma o doctrina jurídica, es decir, una construcción intelectual que predica o postula una determinada regla de funcionamiento del sistema jurídico. Esta precisión es importante porque, para dilucidar si es acertado sostener que solo cabe una solución jurídicamente correcta, es preciso determinar antes qué es lo jurídicamente correcto, tanto en general como en cada caso. Y ello, como es obvio, ya no es una cuestión de hecho —que puede comprobarse mediante la observación de la realidad—, sino que presupone una actividad valorativa. En pocas palabras, a mi modo de ver, el fenómeno de las sentencias divergentes sobre un mismo problema no invalida la tesis de que cada caso solo admite una solución jurídicamente correcta. La validez o invalidez de esta tesis ha de sustentarse en otras razones.

El mencionado punto de partida, además, es sorprendente por otro motivo mucho más prosaico: la inmensa mayoría de los juristas, teóricos y prácticos, pueden vivir con el hecho de que los tribunales no siempre deciden lo mismo en casos similares; y pueden también vivir con la duda de si, en general y en cada caso concreto que abordan, hay una única solución jurídicamente correcta. Todo ello les causará más o menos incomodidad y, desde luego, les podrá conducir a criticar la legislación, el funcionamiento de los tribunales y la calidad técnica de los operadores jurídicos (abogados, jueces, etc.), pero es raro que les ocasione una insalvable crisis de confianza en su profesión. Como quedo apuntado más arriba, el escepticismo radical seguramente proviene de expectativas insatisfechas.

Una vez sentado lo anterior, personalmente no suscribo la tesis de la única solución jurídicamente correcta; o, mejor dicho, no la suscribo como criterio general. Esta última precisión es importante al menos por dos razones. La primera es que hay casos, cuestiones y circunstancias que solo admiten una respuesta, so riesgo de caer en la pura extravagancia. Los romanos distinguían sensatamente entre *res certae* y *res incertae*. De aquí, dicho sea de paso, que me parezca profundamente equivocada y perniciosa la frecuente afirmación de que «en derecho todo es opinable». La otra razón, aún más importante, es que incluso cuando razonablemente cabe más de una solución, ello no implica que haya un número infinito de soluciones aceptables: puede haber dos o, en algún infrecuente supuesto, tres; pero no más. Admitir otra cosa es dar carta blanca a la excentricidad, el capricho y la arbitrariedad. En este punto resulta del todo pertinente el anatema de AN

contra los «voluntaristas frívolos», como también lo es la insistencia de ambos interlocutores sobre la exigibilidad de buena motivación y pericia técnico-jurídica; y ello porque estas permiten delimitar lo cierto de lo incierto, lo defendible de lo indefendible, lo aceptable de lo inaceptable. Es la buena técnica jurídica la que delimita el número de soluciones posibles.

Antes de seguir adelante, es conveniente hacer una observación sobre la idea de TRF de que el esfuerzo de análisis mediante una depurada técnica jurídica permite siempre alcanzar la única solución correcta, por difícil que sea el caso. Esto se parece mucho al famoso «juez Hércules» de Ronald Dworkin. En mi experiencia se trata de un camino impracticable, esencialmente por falta de tiempo y de personal. Quizás un juez pueda ser hercúleo una vez, pero no puede serlo todos los días, ni todos los jueces —por competentes que sean— están capacitados para ser hercúleos. El máximo esfuerzo analítico y argumentativo debe dejarse a los más altos tribunales para los asuntos más graves. El buen funcionamiento cotidiano de la administración de justicia ha de conformarse con decisiones que caigan en el ámbito de lo cierto, defendible y aceptable, y que puedan además ser corregidas mediante un adecuado sistema de recursos y una jurisprudencia fiable. Téngase en cuenta, asimismo, que ni siquiera la solución alcanzada mediante un esfuerzo técnico-jurídico hercúleo tiene asegurado que el resto de los operadores jurídicos la acepten como la única jurídicamente correcta. Reitero así mi convicción de que es más acertado y viable delimitar lo que es jurídicamente incorrecto que esforzarse a toda costa en dilucidar cuál de dos soluciones —en principio, no extravagantes— es la única correcta.

Continuando con la impredecibilidad de las decisiones judiciales, que late en toda la correspondencia entre AN y TRF, se trata sin duda de un serio reto desde el punto de vista de la seguridad jurídica y afecta a la propia credibilidad social del derecho. Es opinión común que su principal causa radica en la vaguedad del lenguaje jurídico, que impide dar un significado preciso y unívoco a las normas y los precedentes. Esto es así. Otras causas concurrentes son el enorme volumen de la legislación y la acelerada velocidad de los cambios legislativos, por no mencionar la escasa calidad técnica de muchas normas. Tampoco son infrecuentes las dificultades dimanantes del solapamiento de grupos normativos, o de las relaciones interordinamentales. A todo ello hay que añadir que a menudo las normas no son axiológicamente neutras, lo que no deja de influir en su interpretación y aplicación. De todas estas causas de la impredecibilidad de las decisiones judiciales son conscientes AN y TRF. A juicio de ambos, sin embargo, no debe excluirse que —al menos a veces— la causa sea el puro arbitrio de los jueces, cuando no su ignorancia o desatención.

Sobre todas estas causas no puedo sino estar de acuerdo. Y para remediarlas o paliarlas solo cabe mejorar la legislación y la judicatura; algo, por cierto, que exige cambios tanto en un plano técnico como en un plano cultural y cívico. Dicho esto, hay otras causas de la impredecibilidad de las decisiones judiciales y de la —al menos relativa— indeterminación del derecho que nuestros autores no

mencionan. Tienen que ver con características inherentes al proceso mismo. Es verdad que TRF habla varias veces del «escenario procesal», pero no llega a entrar en ese espacio. Pues bien, hay dos causas puramente intraprocesales del problema ahora examinado.

Por un lado, como decía un distinguido magistrado del Tribunal Supremo, «los pleitos vienen como vienen». Ello significa que ajustándose al principio de justicia rogada y al principio dispositivo —que, con los debidos matices en materia penal, presiden todos los procesos—, el juez o tribunal ha de decidir dentro de lo pedido por las partes; y en los sucesivos grados (apelación, casación), también dentro de lo que es objeto de devolución. No es en absoluto infrecuente, en este sentido, que casos sustancialmente iguales no hayan sido planteados del mismo modo por los litigantes; lo que hace muy difícil que, incluso ante los Altos Tribunales, tales casos reciban idéntica respuesta.

Por otro lado, estoy convencido de que la mayoría de los pleitos se ganan o se pierden en la prueba. Es verdad que si uno se fija solo en los asuntos mediáticos o en las sentencias que innovan la jurisprudencia, ello es poco visible. Pero es un elemento crucial y aquí el órgano judicial de instancia es casi soberano: debe valorar las pruebas propuestas por las partes —de nuevo son determinantes la iniciativa y la pericia de los abogados— y formarse su convicción razonada de los hechos. Y no es casual que los sistemas jurídicos de inspiración liberal dejen escaso margen para la revisión de la valoración de la prueba, porque los hechos son siempre irrepetibles y —a diferencia de lo que sucede con la interpretación de las normas, cuya corrección puede establecerse haciendo valer el principio de autoridad— una adecuada valoración de la prueba requiere intermediación y no puede depender del escalón en que se encuentre el juez o tribunal dentro de la organización judicial. Las vicisitudes probatorias explican así no pocas divergencias entre sentencias relativas a casos, en principio, similares.

La impredecibilidad de las decisiones judiciales, en suma, también se debe a los demás actores del proceso, a comenzar por los abogados. Sin embargo, una opinión muy difundida entre estos es que el juez forma su juicio de manera intuitiva y solo después elabora una motivación para justificarlo; es decir, el juicio no sería el resultado de un razonamiento, sino la racionalización *a posteriori* de un mero acto de voluntad. Ni que decir tiene que ello es una faceta más del tema de la previsibilidad de las sentencias, la certidumbre del derecho y la vinculación o libertad del juez. AN y TRF comparten la mencionada opinión, si bien —como se vio más arriba— las consecuencias que extraen de ella son diferentes. Pues bien, me parece que se trata de una verdad a medias, que como tal puede inducir a confusión. Dejando al margen cuestiones filosóficas tales como la llamada «precomprensión», lo normal es que el juez, cuando comienza a escribir una sentencia, tenga ya una idea de dónde quiere llegar, y en este sentido es cierto que primero decide y luego motiva. Ahora bien, en mi experiencia hay varios datos que obligan a reconsiderar esa afirmación, o al menos a matizarla. En primer lugar, el juez no comienza a escribir la sentencia sin haber leído u oído las alega-

ciones y pretensiones de las partes y, en su caso, sin haber examinado las pruebas; y, por ello, lo que va a escribir es resultado de la impresión que le han producido todos esos mensajes contrapuestos. Tal vez esa impresión no sea siempre puramente racional, pero tampoco suele ser meramente caprichosa. En segundo lugar, a veces ocurre que al estar escribiendo la sentencia ve el juez que la decisión que tenía en mente y que estaba tratando de motivar es equivocada; es decir, la motivación puede conducir al juez a modificar su idea inicial: algo así como «esto no soy capaz de escribirlo». En tercer y último lugar, la afirmación de que el juez primero decide y luego motiva no se adecúa a la realidad de los órganos judiciales colegiados: en estos, so pena de incurrir en un flagrante quebrantamiento de formas esenciales, hay que deliberar y, por consiguiente, intercambiar argumentos y alcanzar una decisión colectiva. Puede que este proceso deliberativo no sea inmune a sesgos y condicionamientos grupales, pero desde luego no es un desnudo acto de voluntad. Toda esta materia, por cierto, estaría necesitada de estudios empíricos, mucho menos complicados con respecto a los tribunales colegiados (sociología jurídica) que a los jueces unipersonales (psicología jurídica).

Hasta aquí, las reflexiones que me sugiere la correspondencia entre AN y TRF. Querría hacer una consideración final. No estoy seguro de que la erosión de la autoridad del derecho provenga solo de la existencia de decisiones divergentes en casos similares. Seguramente hay también un déficit de formación y de calidad técnica de los operadores jurídicos en España, tal como ambos autores denuncian. Y desde luego comparto la desconfianza de TRF hacia el perfeccionismo y hacia una actitud «teológica» en la vida jurídica: una pragmática anglofilia resulta mucho más saludable y útil a este respecto. Dicho esto, pienso que hay otros factores que también contribuyen a esa erosión de la autoridad del derecho y que aquí solo pueden dejarse apuntados. Uno es la ausencia social de consenso sobre los criterios de justicia material, lo que es particularmente grave en sistemas jurídicos crecientemente dominados por la ponderación de principios, cuando no por la cultura de la sospecha. Y otro es que el proceso judicial, como modo de solución pacífica de controversias, es siempre un juego de suma cero en que una parte gana y otra parte pierde. Esto implica que la mitad de los usuarios del servicio quedan por definición insatisfechos, lo que —en una sociedad que tiende a judicializar los más variados aspectos de la vida colectiva, incrementando exponencialmente la demanda de justicia— hace muy difícil que el derecho goce de popularidad.