

JOSÉ M^a ROCA MARTÍNEZ

Director

EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Subdirectora-Coordinadora

DIÁLOGOS JURÍDICOS 2019

Anuario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Oviedo

**THOMSON REUTERS
ARANZADI**

Primera edición, 2019



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José M^a Roca Martínez (Dir.) y Eva M^a Menéndez Sebastián (subdir-coord)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISSN 2445-2688
DL NA 633-2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

DERECHO, JUEZ, ESTADOS Y LEGISLADORES ¿UN NUEVO PARADIGMA?

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona

Muchas gracias al Decano por la invitación a participar en este acto. Agradecimiento que hago extensivo a la Facultad y a la Universidad. Para mí es un enorme honor y un inmenso placer participar hoy en esta celebración de San Raimundo de Peñafort, siempre solemne, y a la que asistí en no pocas ocasiones durante los 11 años en los que esta Facultad fue mi casa; primero como alumno de lo ahora es grado y luego como estudiante de doctorado y docente.

Como para muchos, quizás para la mayoría sino todos, los años de la primera formación jurídica fueron decisivos para los que siguieron. Y añado lo de «primera» a «formación» porque nuestra vida no puede ser más que de estudio continuo, un estudio que no acaba con el grado, el máster o el doctorado. Mi forma de entender el Derecho, de aplicarlo, enseñarlo o comentarlo es una consecuencia de esos once años en esta Facultad, desde la primera lección recibida, impartida entonces por el tristemente ya fallecido Gerardo Turiel, hasta las conversaciones con «las Pilares» durante horas en el departamento, o en los cafés con los compañeros de Público, Constitucional, Mercantil, Trabajo, Civil...

Recuerdo ahora esto porque muchos de vosotros os encontráis ahora en el punto en el que me encontraba yo hace casi 30 años. Habéis dedicado los últimos cuatro años a estudiar Derecho y habéis aprendido mucho, seguro. No creáis a quienes os dicen que ahora es cuando comenzáis a aprender; los años que acabáis de pasar son el cimiento de todo lo que vendrá después. Lo que hayáis entendido y asimilado bien nunca lo olvidaréis; lo que no hayáis adquirido en estos años deberá ser estudiado más adelante con más esfuerzo y, probablemente, con peores resultados. El armazón jurídico que ahora tenéis será la base de todo lo que hagáis en el futuro. Podréis ampliar esta o aquella habitación, levantar una torre o cambiar la fachada, pero el plano de vuestro hogar jurídico, su planta, será difícilmente modificable. Para bien o para mal. Seguro que para bien.

Porque el Derecho no es un conjunto de conocimientos, sino una forma de ver la realidad. Una herramienta que nos permite, ante cada acción determinar su valoración jurídica. Quizás no, al menos en mi criterio, saber si es justa o injusta, porque el concepto de justicia suele incluir un elemento subjetivo que en el Derecho

debería reducirse al mínimo; pero si averiguar si la acción que juzgamos entra en lo permitido, obligado o prohibido en un determinado ordenamiento jurídico. Entre lo meramente legal o ilegal y lo justo o injusto creo que el concepto de «ajustado a Derecho» se adecua más a lo que quiero expresar.

Y esta herramienta está compuesta por conocimiento de normas que se proyectan directamente sobre la realidad; pero también de procedimientos, porque el Derecho no puede ser entendido al margen de los mecanismos de creación e integración de normas. Y esta idea de procedimiento o proceso es inescindible de nuestra comprensión actual del Derecho. Las reglas de debate y razonamiento, las que rigen la resolución de los conflictos y las que permiten la creación de normas son una parte esencial de esta herramienta.

Y todo ello, a su vez, en el marco de unos principios que nos pueden parecer tan evidentes que a veces no reparamos en ellos; unos elementos esenciales que, cuando los asumimos como propios, nos convierten en juristas, en lo que vosotros ya sois.

Para mí, uno de esos principios esenciales está vinculado a lo que aprendí en la primera clase de la carrera, la que, como decía antes, me impartió Gerardo Turiel. En ella explicó algo muy sencillo; pero en la que está la clave de todo lo que vino luego: el derecho es un conjunto de normas, de mandatos podríamos decir para simplificar, que pueden proyectarse sobre la realidad. En cada caso deberemos determinar si se dan o no las circunstancias previstas por el mandato. Si concurren deberemos o podremos implementar lo que establece la norma. La cuestión de si concurren o no en el caso concreto las circunstancias previstas en la norma puede ser objeto de debate y originar un conflicto. Para resolver este conflicto contamos con los jueces, quienes establecen de una manera autorizada la correspondencia entre la norma y la realidad.

Norma general, realidad y norma singular. Y el juez como instrumento que realiza una proyección de la norma sobre la realidad para producir mandatos concretos, derechos y obligaciones específicos.

Como podéis ver, algo muy sencillo, muy evidente que llevo practicando desde hace casi 33 años. Algo que seguro que es también evidente para todos vosotros. Forma parte de esos elementos esenciales en nuestro «formateado» jurídico. Precisamente la asunción de mecanismos como estos es esencial en la formación inicial del jurista.

Ahora bien, también hemos de ser conscientes de que esos principios mutan, se transforman, y aquí se encuentra quizás el mayor desafío, asumir que aquello que dábamos por sentado puede cambiar y nosotros hemos de adaptarnos a ese cambio. De eso es de lo que quisiera hablar hoy.

Todos hemos sido educados como juristas en una determinada concepción del Derecho que, por resumir y con trazo grueso, podríamos etiquetar como «codificación», no en el sentido de que tengamos un Código Civil, un Código Penal o, lo que es lo mismo, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino en el de que asumimos que el Derecho funciona, en líneas generales como nos describía en nuestra primera clase de la Licenciatura Gerardo Turiel. El Derecho es entendido como un conjunto de normas que forman un sistema en el que las normas generales pueden proyectarse

sobre la actividad humana y convertirse en normas singulares, mandatos y reglas individualizadas. Todos podemos a través de mecanismos de deducción realizar esta transformación, y de hecho todos lo hacemos diariamente cuando, por ejemplo, levantamos el pie del acelerador al ver una señal de limitación de velocidad. Estas normas singulares, sin embargo, pueden ser no meramente deducidas, sino encontrarse «positivizadas», así en el caso de que es un Juez quien formula esa norma singular, ese mandato deducido de las normas generales.

Junto a estos elementos –que, no oculto, tomo de un libro que hace más de 20 años me recomendó y prestó muy cerca de aquí el profesor García Amado, «Sistemas normativos», de Alchourrón y Bulygin– hay algo más que caracteriza el Derecho que hemos estudiado: esas normas generales son usualmente formuladas por escrito y son obra de un legislador que, además, se identifica con el poder público en un determinado territorio. Seguramente no habéis olvidado que a vosotros como a mí nos explicaron en los primeros cursos de Derecho los mismos profesores de Derecho Constitucional: que Derecho y Estado eran términos sinónimos.

Ese poder público que legisla ejerce el control de un territorio y una población y, además, nombra a los jueces que han de ofrecer la interpretación autorizada de dichas normas generales.

Estado, legislador, Derecho, juez... todo parece encajar. Es cierto que hay más elementos a considerar. El Derecho internacional, por ejemplo, pero esos otros elementos podían ser explicadas a través de un modelo en el que el Estado es el centro, en el que el Derecho y el Estado se identifican y en el que los jueces son instrumentos de cada ordenamiento jurídico para completarlo mediante la positivización de normas singulares, mediante la proyección autorizada de las normas generales sobre la realidad social.

Sin duda, las cosas nunca fueron así de sencillas, pero esto es lo que sucede con todos los modelos: simplifican la realidad para poder entenderla, y lo mismo sucede con el que acabo de presentar. Se trata de una simplificación, pero que puede servirnos para entender en gran medida el Derecho en el que hemos sido educados y en el que hemos vivido durante más de un siglo. Es un modelo del que todos somos deudores en lo que se refiere a nuestra comprensión del fenómeno jurídico.

¿Podemos mantener este modelo? Seguramente sí, pero creo que hoy en día, entrado ya el siglo XXI, comienzan a surgir dudas. Quizás no podamos decir que aún no encajan con este modelo, pero sí que puede haber razones para cuestionar el paradigma. Esto es lo que me gustaría plantear.

Creo que el elemento que quizás hace más clara la posibilidad de dicho cuestionamiento es el Derecho de la Unión Europea. Sin entrar en los muchos matices que aquí tendríamos que abordar; lo cierto es que el Derecho europeo se configura como un sistema jurídico que, al menos de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, se diferencia de los sistemas jurídicos estatales, tiene prevalencia sobre ellos y, además, con independencia de las previsiones de los Derechos nacionales. Esto en sí mismo no cambia nada las cosas respecto a la situación que he descrito someramente hace un momento, la que representa el Derecho que llamaba «de la

codificación»; pero estos elementos (carácter diferenciado del ordenamiento europeo y supremacía) van unido a otro que sí tiene un potencial transformador, me refiero al efecto directo del Derecho de la Unión Europea, que ha de ser aplicado directamente por los operadores jurídicos estatales, también con independencia de las previsiones de sus derechos nacionales.

Como digo esto puede cambiar las cosas. De alguna forma el Derecho europeo reclama también para sí los operadores jurídicos nacionales, incluidos sus jueces; y esto, como veremos, sí que puede introducir un cambio relevante en el paradigma que vincula Derecho, Estado, Jueces y Legisladores.

Pasemos un momento por la rama del Derecho a la que me dedico, el Derecho internacional privado. En el Derecho internacional privado es fundamental la distinción entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero. Se entiende que cada Juez tiene un Derecho propio, su *lex fori*, que se diferencia de los Derechos extranjeros. Respecto a la *lex fori* los jueces desarrollan un papel diferente que respecto a los Derechos que no le son propios. Uniéndolo a lo que veíamos antes, vemos que respecto a la *lex fori* el Juez es un aplicador oficial, un instrumento del ordenamiento de su *lex fori*, mientras que no asume este papel en relación con los Derechos extranjeros.

En la Unión Europea, sin embargo, los jueces lo son de su propio ordenamiento, pero también, como consecuencia del efecto directo del Derecho europeo, del Derecho de la UE. De ahí la expresión «el juez nacional como juez comunitario» (en la época de las Comunidades Europeas, claro), expresión que hoy deberíamos cambiar por «el juez nacional como juez europeo», entendiéndolo «juez europeo» como juez del Derecho de la Unión Europea.

Quizás este concepto, el juez nacional como juez europeo no pasa de ser una metáfora, una licencia poética. Hace tiempo intenté tomármelo en serio y ver qué salía de ahí. No tuve excesivo éxito y no saque gran cosa en claro. El profesor Espiniella también abordó esta posibilidad en un artículo más serio y riguroso que el mío; pero en cualquier caso es un acercamiento que, a mi conocimiento, no ha sido seguido.

Pese a ello creo que no debemos olvidarlo. Esta «doble observancia» del Juez nacional, quien debe aplicar de manera directa tanto su Derecho nacional como el Derecho europeo plantea algunas dudas y dificultades que podrían ser de interés.

De acuerdo con lo que acabamos de ver, esta condición de juez nacional y juez europeo implica que el Juez nacional tiene dos *lex fori*: su ley nacional y el Derecho de la Unión Europea. Un Derecho, el europeo, que no puede ser considerado como una parte del Derecho nacional.

Y si el Juez tiene dos *lex fori* deberá determinar cómo se articulan ambas. Y lógicamente las reglas sobre la articulación de ambos ordenamientos no se integrarán formalmente en ninguno de ellos, pues eso supondría tanto como subordinar uno al otro. Esas reglas deberían situarse por encima de ambos ordenamientos. Es como si al poner en relación los Derechos nacionales con el Derecho europeo a través del Juez surgiera Derecho de la nada. Un Derecho que no es ni Derecho nacional ni Derecho europeo.

Si lo quisiéramos explicar en términos kelsenianos deberíamos, quizás, identificar normas no escritas que dieran razón de la articulación en un solo «suprasistema» tanto el Derecho de la UE como los diferentes Derechos nacionales de los Estados miembros. Dentro de cada uno de estos subsistemas tanto las Constituciones nacionales como el Derecho originario europeo serían normas superiores en cada uno de estos ordenamientos, pero nos haría falta otra norma que articulara todos estos diferentes sistemas jurídicos. Estas últimas normas serían las que tendría que aplicar cada Juez para articular su propio Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea.

Quizás demasiado complicado. Creo que era el profesor González Vega quien hace también más de veinte años, en una conversación informal, me comentaba que podría ser que Kelsen no fuera el recurso más eficaz para explicar las relaciones entre los Derechos nacionales y el Derecho europeo. Al fin y al cabo –ya añadido yo– los planteamientos de Kelsen surgieron en el momento en que reinaba el paradigma de la codificación y, quizás, pueden no adaptarse bien a un Derecho que opera cuando se han modificado algunos elementos de ese paradigma. Quizás.

Y para explorar algunas vías a los lados del camino, sería bueno volver al Juez y considerar cuál es su papel en estos casos en los que varios ordenamientos se lo disputan.

Lo primero es que el Juez ya no puede ser considerado como un instrumento de los ordenamientos jurídicos nacionales. El juez tiene una posición especial en relación con el Derecho del Estado que lo designa, pero esta relación no es un monopolio, no excluye otras.

Hemos insistido en la que mantiene con el Derecho de la Unión Europea, pero esta relación tampoco agota el catálogo de ordenamientos con los que el Juez se vincula de una manera directa. Así, en el caso de España se constata que al menos algunos jueces han establecido también una relación especial con el Derecho de la Comunidad Autónoma en la que tienen su sede. No quiero seguir por aquí –aunque luego tendré que volver un momento a esta idea– porque nos desviaríamos; pero me gustaría señalarlo porque esta múltiple vinculación del Juez lo aleja del planteamiento reduccionista que lo identifica con la concreción autorizada de las normas de un determinado ordenamiento para acercarlo a la de una autoridad designada por un determinado poder público, que seguramente es también legislador; pero sin que esta designación suponga exclusividad en la función. Al contrario, una vez designado el Juez podrá aplicar elementos normativos que no pertenecen al ordenamiento que lo ha dotado de autoridad. Es cierto que las reglas que aplicará estarán implícitas en dichos ordenamientos, pero la necesidad de considerarlas simultáneamente (no jerárquicamente) cambia la posición del Juez respecto al Derecho.

El Juez ya no se limita a una función que idealmente debería ser mecánica respecto a un determinado sistema jurídico –aunque sabemos que en realidad nunca fue mecánica– sino que tiene una función autónoma de creación jurídica. En cierta forma recupera el papel medieval de «conocedor» del Derecho, que ha sido designado por una determinada autoridad, el Rey, por ejemplo; pero sin que tal designación limite su función a la aplicación del Derecho creado por dicha autoridad. La identificación

entre el poder público que designa al Juez y el legislador que produce el Derecho que vincula de manera directa al Juez desaparece o, al menos, se difumina.

¿Es esto un planteamiento meramente teórico o tiene alguna consecuencia práctica? Yo creo que sí que tiene consecuencias, tal como intentaré mostrar a continuación. Aunque ya advierto que evitaré hacer juicios o valoraciones sobre estas consecuencias y me limitaré básicamente a intentar describirlas. Y como veremos, esta negativa a juzgar también es una consecuencia de este cambio de modelo que planteo.

En primer lugar: antes comentaba que a nivel infraestatal también se aprecia que el Juez actúa no como instrumento de un único ordenamiento jurídico, sino asumiendo la existencia de una pluralidad de ordenamientos. En esta línea, en varias docenas de sentencias dictadas en Cataluña se justifica la aplicación del Derecho catalán sobre la base del principio de territorialidad; como si los jueces catalanes tuvieran una especial obligación de aplicación del Derecho catalán, obligación que no afecta de igual manera a los jueces con sede en otras partes del territorio español.

Decía hace un momento que no juzgaría, pero no puedo dejar de indicar que considero un error estas decisiones, pues son difícilmente compatibles con el principio de unidad de la jurisdicción española. Ahora bien, una cosa es que sean un error y otra que no sean significativas, ya que nos permiten apreciar cómo los jueces asumen la posibilidad de que diferentes ordenamientos les vinculen simultáneamente. El juez que tiene su sede en Cataluña se percibe como juez catalán cuando aplica el Derecho específico de la Comunidad Autónoma y como juez español cuando aplica la normativa estatal. Ya digo que entiendo que no es correcto, pero, como digo, es significativo.

En segundo término: la articulación no solamente es de ordenamientos jurídicos, sino también de jurisdicciones o tribunales. En concreto, los jueces nacionales han de integrar las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; lo que obliga a llevar al límite, o más allá, la interpretación de las normas del Derecho nacional. Además, todo esto exige una actitud creativa por parte del Juez, en ocasiones sobrepasando el marco fijado por las normas de origen interno.

Pondré algunos ejemplos. Cuando cursaba el Doctorado en esta Facultad realicé un trabajo con el profesor Piloñeta sobre la entonces reciente sentencia *Marleasing*, aquella donde se estableció la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional respecto a las directivas que aún no hubieran sido transpuestas. Recuerdo que tanto Luis Manuel como yo éramos críticos con la sentencia y sus consecuencias; seguramente porque para nosotros los criterios de interpretación de la norma formaban parte del sistema completo que era el Derecho español, y la posibilidad de introducir en ese sistema un imperativo externo se nos antojaba incongruente.

Desde una perspectiva de «Derecho de la codificación» basado en ordenamientos jurídicos estatales quizás teníamos algo de razón, pero esta nueva realidad: la coexistencia del ordenamiento europeo y de los ordenamientos nacionales nos aporta constantemente ejemplos de estos imperativos que proceden del ordenamiento europeo y que han de ser implementados con las herramientas del Derecho nacional. Así, por

ejemplo, en el caso de la sentencia Océano del Tribunal de Luxemburgo, también en un caso relativo a España, en la que se exigió que los jueces verificaran de oficio su competencia en casos de cláusulas de elección de tribunal en procedimientos con consumidores. Esta exigencia de verificación de oficio ¿cómo puede convertirse en real si la normativa de origen interno no establece los mecanismos para ello? Una actitud creativa del juez se impone.

En materia de Derecho de sociedades también nos encontramos con situaciones parecidas. En la Sentencia *Sevic* se estableció que los diferentes Estados miembros de la Unión Europea deberían admitir la fusión internacional de sociedades si regulaban la fusión interna. No era posible limitar la fusión de sociedades a las sociedades regidas por el Derecho del Estado que establecía la regulación. Este mandato, dirigido a autoridades y jueces, obligaría a una interpretación «imaginativa» de la normativa interna si en ella no se preveía de manera expresa ese supuesto de fusión. Sin salir de las sociedades, eso mismo se aprecia en las Sentencias *Cartesio* y *VALE*, que establecieron la necesidad de admitir la transferencia internacional del domicilio social cuando esa transferencia implicaba también la transformación de la sociedad, que se convertiría en una forma societaria del país al que se trasladaba el domicilio de la sociedad.

De acuerdo con lo que acabamos de ver resulta que dos factores confluyen en los jueces actualmente: por una parte, dejan de ser meros instrumentos de un ordenamiento para tener que articular varios sistemas de Derecho positivo a partir de criterios que no descansan en ninguno de los sistemas jurídicos que los reclaman. Por otra parte, este cambio formal de posición viene acompañado de la necesidad de adaptar mandatos que precisan en ocasiones una interpretación creativa de los Derechos nacionales.

El resultado es un Juez que en algunos casos se parece más a un legislador. Los tribunales internacionales y en particular el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos muestran el camino, con decisiones que más parecen la formulación de reglas generales que la identificación de mandatos concretos derivados de estas reglas generales; pero este carácter de cuasilegislator puede trasladarse también a los tribunales nacionales como consecuencia, entre otros factores, de la necesidad de cumplir con los mandatos que se derivan de las jurisdicciones internacionales.

Este mayor activismo judicial se ve favorecido por otro factor de una cierta relevancia: la sociedad actual es más compleja y plural que la de hace unas décadas, y por eso las soluciones que se esperan de los tribunales son también más exigentes. Instituciones clave en nuestra sociedad como el matrimonio y la filiación se han transformado profundamente. Además, y esto me toca de cerca, la intensificación del contacto con otros ordenamientos complica de maneras diversas la realidad regulada: desde la gestación por sustitución realizada en el extranjero hasta la sustracción internacional de menores, la utilización en los contratos internacionales de garantías reguladas por derechos extranjeros o la introducción de condenas por daños punitivos en decisiones de los tribunales españoles. Se trata de ejemplos de

situaciones en las que el Juez quizás se centre más en el resultado pretendido que en una aplicación ciega de la normativa identificada como relevante.

Finalmente, a esto hay que añadir la proliferación normativa. En mi época de estudiante ya se hablaba de la «legislación motorizada», quizás ahora tengamos que referirnos a la «legislación aerotransportada» para indicar la creciente producción normativa en los ámbitos más variados. Esta creación de normas quizás responda también a la necesidad, que en este caso sufre el legislador, de dar solución a situaciones que no encajan de manera evidente en la regulación existente. Ante esta situación puede ser difícil evitar la tentación de introducir normas *ad hoc* que quizás aparentemente solucionen el problema planteado, pero que podrían desequilibrar la estructura del sistema jurídico. De nuevo en estos casos una actitud creativa del juez resulta indicada.

Un juez más libre, con mayores exigencias y con una pluralidad de ordenamientos a los que recurrir; y dentro de cada uno de estos ordenamientos una proliferación mayor de normas. ¿Existe alguna guía en este laberinto? Creo que sí, creo que esa guía existe, y se concreta, en buena medida, en el catálogo de Derechos humanos.

No entraré en el valor intrínseco de los derechos humanos ni en su justificación jurídica o metajurídica, sino que me centraré en el papel que juegan en un universo jurídico complejo como el que he intentado describir. En este escenario una serie de principios, reglas o garantías relativamente reducido –y, por tanto, manejable– ampliamente reconocido internacionalmente y con una cierta rigidez (las modificaciones no son tan frecuentes como en otros ámbitos) es ideal para dotar de una cierta estructura y permanencia al conjunto del Derecho. Creo, como digo, que los Derechos humanos cumplen actualmente esta función.

A la vez, son también elementos que favorecen la creatividad judicial; sobre todo en aquellos casos en los que varios derechos fundamentales confluyen y dicha confluencia, que supone un conflicto, es resuelta por el mecanismo de la ponderación entre derechos. Y soy consciente de que aquí en Oviedo hay especialistas que han estudiado con detenimiento esta técnica y la han confrontado a otra que partiría de que no existe este tipo de conflicto y que en vez de la ponderación hemos de acudir a la delimitación entre derechos, diferenciando entre aquello que aparentemente está cubierto por el derecho y lo que realmente lo está, reduciendo de esa forma las posibilidades de conflicto y eliminando la necesidad de recurrir a la ponderación. Es una perspectiva que creo que me explicó por primera vez el profesor Ignacio Villaverde en esta misma casa hace más de veinte años y sobre la que sigo leyendo lo que escribe sobre ella el profesor Miguel Presno.

No entraré en el debate entre ponderación y delimitación, pero sí apuntaré que quizás este debate es una muestra de la pugna entre el Derecho «de la codificación» y ese nuevo paradigma que intenta imponerse. Entre limitar al juez mediante la aportación de criterios que faciliten la interpretación de la norma general y admitir la inherente flexibilidad en la aplicación del Derecho por parte del Juez, aunque sea conduciéndonos a auténticos *deus ex machina*. La delimitación entraría quizás más en la primera perspectiva mientras que la ponderación lo haría en la segunda,

una perspectiva en la que se asume que la decisión judicial tiene un carácter inevitablemente creativo que irá más allá de las normas positivizadas. Se admite que hay elementos normativos que están más allá de las normas formalizadas y que de esos elementos también bebe el juez, aunque nosotros no accedemos directamente a ellos, sino tan solo a través de las decisiones judiciales. Algo parecido, como no se nos ocultará, a lo que sucede en los países del *Common Law*.

Asumir esta posición más creativa del juez tiene también consecuencias para los académicos, entre los que me incluyo. Así que confesaré: cuando comenzaba mi tarea académica mis comentarios a las decisiones judiciales solían ser críticos. Examinaba con ojos de contable riguroso lo que se decía y las razones que se utilizaban y denunciaba lo que me parecían errores, incorrecciones o fallos en el razonamiento. Con el tiempo he probado otro enfoque, uno en el que empatizo con el razonamiento del juzgador, con el resultado de que mis comentarios son más explicativos que críticos. Y en eso, me parece, también nos acercamos al mundo del *Common Law*.

Hace unos años –no muchos– estaba en unas jornadas en las que, como es habitual entre nosotros, criticábamos con dureza ciertas decisiones judiciales. Un profesor de Estados Unidos que nos acompañaba nos preguntó qué sentido tenía aquella crítica que hacíamos, cuál era nuestro propósito. Al fin y al cabo, la jurisprudencia es la que es –nos venía a decir– y quizás fuera más útil explicarla que pretender que el sol saliera por el oeste y se pusiera por el este.

Creo que comienzo a entender ese planteamiento. Un juez cada vez más creador precisa comentaristas que explique las razones y consecuencias de sus decisiones, no otros jueces inmisericordes que destrocen sus sentencias... bueno, al menos con carácter general. Si obramos de esta manera quizás descubramos más mundos de los que nos imaginamos. Al fin y al cabo, el futuro será –creo– de jueces creativos que cada vez se alejarán más de aquello que nunca fueron: la boca de la ley.

A estas alturas y si no os he aburrido soberanamente, quizás estéis pensando que lo mejor a lo que se puede dedicar un jurista es a ser juez. Bien, no digo que no; pero también debéis recordar que las decisiones judiciales no son obra exclusivamente del Juez. El enorme poder del Juez, capaz de convertir en mandatos concretos las normas generales, se ha de ver compensado por las limitaciones del procedimiento. El procedimiento es sagrado, pues es lo que permite encauzar el mayor poder del ordenamiento jurídico: la transformación de normas generales en mandatos que vinculan directamente a personas concretas. De esta manera el Juez se ve constreñido por lo pedido y excepcionado por las partes y no puede ir más allá de los términos del debate que han fijado éstas. Es por esto por lo que en buena medida son los abogados y fiscales tan responsables como el juez de las decisiones que se dictan. Si optáis por asumir otro rol diferente del de Juez no olvidéis nunca que también sois un elemento esencial, insustituible, para la producción de la sentencia.

A lo que sí os animo a todos es a que asumáis con entusiasmo vuestra tarea jurídica. Sea el Derecho de la codificación o el nuevo paradigma que os comentaba, el Derecho siempre será un instrumento esencial en la sociedad. El Derecho complementa o cristaliza los consensos sociales, y cuando estos consensos no existen,

el Derecho garantiza la igualdad y la convivencia. Si en una sociedad sin consensos algunos optan por no respetar la ley ¿qué opciones les quedan a los otros más que someterse o actuar también ellos al margen de la ley?

Respetad, por tanto, el Derecho. Es una tela muy fina que nos separa de la guerra o de la esclavitud. Una tela fina, más fina de lo que a veces pensamos.

En cualquier caso, os deseo que el Derecho os dé tantas satisfacciones como me ha dado a mí, y a tantos otros, durante tantos siglos.

Muchas gracias