¿POR QUÉ PONDERAR? *

Rafael Hernández Marín

Universidad de Murcia
rafaher@um.es

RESUMEN. En mi libro *Las obligaciones básicas de los jueces* (2005), sostuve que no es necesario que los jueces ponderen para cumplir las obligaciones que el Derecho les impone. En este artículo sostendré que es necesario que los jueces no ponderen para cumplir dichas obligaciones.

Para justificar esta tesis, es preciso exponer cuáles son las obligaciones que el Derecho impone a los jueces y en qué consiste cada una de ellas.

Palabras clave: ponderación, aplicación del Derecho, obligaciones de los jueces.

Why Balancing?

ABSTRACT. In my book *Las obligaciones básicas de los jueces* (2005), I argued that it is not necessary for judges to balance to fulfill the obligations imposed upon them by the law. In this article I will argue that it is necessary for judges not to balance to fulfill these obligations.

In order to justify this thesis, it is necessary to explain what the obligations that law imposes on the judges are and what each one consists of.

Keywords: weighting and balancing, application of the law, obligations of judges.

* Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2017.

La investigación realizada en este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, «Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, AEI y FEDER.

DOI: 10.14198/DOXA2018.41.01

1. LA ACTIVIDAD PROCESAL DEL JUEZ

Cuando tiene lugar una disputa entre dos partes, es posible que una de ellas presente en un juzgado un documento exponiendo el motivo de la disputa y una petición para que el juzgado intervenga en el conflicto y dicte una decisión que resuelva la disputa de una determinada manera.

Ese documento o escrito, que solicita la intervención del juzgado en una disputa, constituye el inicio de un procedimiento judicial (contencioso). Puede ocurrir que el juzgado rechace la petición de mediar en el conflicto, bien de oficio, bien a instancia del otro contendiente, por la concurrencia de alguna excepción procesal. Pero, cuando no se da esta circunstancia, el juzgado debe, según el Derecho, aceptar la petición de intervenir en el conflicto y continuar con el procedimiento iniciado, para entrar a conocer, como se suele decir, «el fondo del asunto». No obstante, es posible que las partes decidan interrumpir el procedimiento judicial de alguna manera: desistimiento o incomparecencia del actor, transacción, solicitud de arbitraje, etc. Mas, si tampoco concurre ninguna de estas circunstancias, el procedimiento judicial prosigue con una serie de actos procesales encadenados hasta que el juzgado decide sobre el fondo del litigio.

Muchos de esos actos procesales anteriores a la decisión sobre el fondo del litigio corresponden al secretario judicial. Pero otros muchos corresponden al juez, forman parte de la actividad procesal del juez. El Derecho exige que el juez intervenga, antes incluso de que se inicie el litigio judicial, en la aprobación o no de diligencias preliminares y medidas cautelares; también eventualmente en la admisión o no de la demanda y en la resolución de las diversas cuestiones incidentales que pueden suscitarse en el transcurso del litigio y antes de que llegue el momento de la decisión sobre el fondo del asunto. De especial importancia es también la intervención del juez en la admisión y práctica de las pruebas. El que la intervención del juez en la tramitación procesal de un litigio sea mayor o menor puede depender del tipo de litigio de que se trate (y también, cabría añadir, del ordenamiento jurídico de referencia).

2. LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES: ENUMERACIÓN

La serie de actos procesales encadenados que comienza cuando el juzgado decide mediar en un conflicto culmina con la respuesta del juzgado a la petición (contenida en el escrito que dio inicio al procedimiento) de que el conflicto sea resuelto de una determinada manera. Esa respuesta del juzgado se plasma o materializa en una decisión, con la que el juzgado, pronunciándose sobre el fondo de la disputa, resuelve o pone fin al litigio.

Cada uno de los actos procesales que el juez realiza durante la tramitación de un litigio, y que son previos a la formulación de esa decisión que pone fin al litigio, es un acto exigido por el Derecho y, en este sentido, es una obligación jurídica, una obligación que el Derecho impone a los jueces. Sin embargo, ninguno de esos actos es, en mi opinión, una obligación básica, fundamental, de los jueces, dado que todos o casi todos

ellos podrían ser atribuidos a otros miembros del juzgado, sin que la figura del juez en el procedimiento judicial quedara por ello desnaturalizada, por así decirlo.

Sí son, en cambio, obligaciones fundamentales de un juez todos los actos relacionados con la decisión del juzgado que resuelve o pone fin al litigio. Es a esta decisión, que se pronuncia sobre el fondo del litigio, a la que aquí me referiré con los términos «decisión judicial» o simplemente «decisión». Determinar cuáles son esos actos u obligaciones de los jueces, relacionados con la decisión que pone fin al litigio, es imprescindible para abordar el tema que da título a este trabajo.

En mi opinión, esos actos u obligaciones de los jueces, relacionados con la decisión que pone fin al litigio, y que constituyen sus obligaciones básicas, son los siguientes:

En primer lugar, dictar esa decisión. El juez es la persona, dentro del juzgado, que según el Derecho está obligado a dictar la decisión que pone fin al litigio. En esto consiste precisamente la actividad de juzgar. El juez o Tribunal es quien está obligado a juzgar. El Derecho, el Derecho español actual, impone a los jueces la obligación de juzgar en diversos preceptos, aunque ninguno de ellos usa el término «juzgar», ni «dirimir litigios», sino «resolver asuntos» o «resolver pretensiones». Los más claros de esos preceptos son quizá el art. 1.7 del Código Civil («Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido») y el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes»)[1].

Por otro lado, el Derecho también contiene preceptos, de los que se hablará más adelante, que establecen cómo han de ser las decisiones que los jueces dicten para «resolver asuntos» o «resolver pretensiones», o sea, para juzgar. De ahí que la segunda obligación de los jueces, después de la de juzgar o decidir litigios, sea que esas decisiones que los jueces dicten para dirimir los litigios sean como según el Derecho deben ser.

Finalmente, y como tercera y última obligación básica, los jueces tienen también la obligación de motivar las decisiones que dicten. Esta obligación está establecida en el art. 120.3 de la Constitución Española y en otros preceptos contenidos en leyes procesales.

---

[1] La redacción original del Código Civil sí contenía un enunciado que claramente exigía a los jueces juzgar, decidir los litigios o, como decía dicho enunciado, «fallar». Es el viejo art. 6.1 de ese cuerpo jurídico, que fue sustituido por el citado art. 1.7, y que decía lo siguiente: «El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad». Aunque más explícito aún es el art. 4 del Código Civil francés, del que procede dicho art. 6.1: «*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*». En cambio, el art. 117.3 de la Constitución («El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan») lo que atribuye a los jueces es el ejercicio de la potestad jurisdiccional al juzgar, dando así por supuesto que los jueces juzgan, pero sin imponerles de modo directo la obligación de juzgar, como hacen el Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De estas tres obligaciones, la más importante es la obligación de juzgar, la obligación de dictar una decisión que resuelva el litigio, ya que constituye el presupuesto de las otras dos obligaciones, de la obligación de dictar una decisión que sea conforme al Derecho y de la obligación de motivar la decisión dictada. Sin embargo, al mismo tiempo, la obligación de juzgar es la menos exigente de todas las obligaciones que el Derecho impone a los jueces. Pues, a efectos del cumplimiento de esta obligación, es indiferente cómo, cuándo, etc., el juez dicte esa decisión, e incluso el contenido de esta. El juez cumple con la obligación que el Derecho le impone de juzgar, de resolver o decidir el litigio que llega ante él, formulando una decisión cualquiera o un enunciado cualquiera, por arbitrario o incluso absurdo que sea.

Más exigentes son obviamente la obligación de decidir conforme al Derecho y la obligación de motivar la decisión. Sobre ellas versan los dos apartados siguientes.

3. LA CORRECCIÓN JURÍDICA COMO CONFORMIDAD AL DERECHO

3.1. Conformidad procesal y conformidad material

El Derecho ordena a los jueces, no solo juzgar, dictar decisiones que diriman los litigios, sino también decidirlos conforme al Derecho. Aunque esto solo es una manera retórica de decir que el Derecho impone ciertas exigencias a las decisiones que los jueces dicten para juzgar. De una decisión judicial que satisface o cumple esas exigencias que el Derecho impone a las decisiones judiciales puede decirse que es una decisión conforme al Derecho o jurídicamente correcta.

En mi opinión, las exigencias que el Derecho impone a las decisiones judiciales son de dos clases: procesales, referentes al proceso seguido por el litigio al que la decisión pone fin, y materiales, referentes al contenido de la decisión. El cumplimiento de las primeras determina el que una decisión judicial sea procesalmente conforme al Derecho; mientras que, si cumple las segundas, la decisión será materialmente conforme al Derecho. Otra manera de expresar la misma idea consiste en decir que la conformidad de una decisión judicial al Derecho tiene dos aspectos: conformidad procesal y conformidad material.

La noción de conformidad procesal no es polémica, en mi opinión. Una decisión judicial procesalmente conforme al Derecho es una decisión que pone fin a un litigio de un tipo o subtipo determinado (penal, civil, etc.), que ha sido tramitado cumpliendo los enunciados jurídicos procesales que regulan la tramitación de los litigios de ese tipo, y que está contenida en una sentencia que también cumple las exigencias que la ley impone a las sentencias.

Más difícil es sin duda determinar qué es una decisión judicial materialmente conforme al Derecho. De entrada, puede decirse que una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión que tiene el contenido que según el Derecho debe tener. Y, en mi opinión, son dos los requisitos que el Derecho exige al contenido de las decisiones judiciales: que sean congruentes y que digan el Derecho.

El requisito de congruencia está establecido en leyes procesales; y se resume en la exigencia de que la decisión que resuelva el litigio sea o bien una decisión estimato-

ria que acoja la petición de la parte actora, que solicitaba al juzgado que dictara una decisión de un determinado contenido, o bien una decisión desestimatoria de dicha petición.

En cuanto al segundo requisito mencionado, el requisito de que la decisión que resuelva el litigio, ya sea estimatoria, ya sea desestimatoria, sea una decisión que diga el Derecho, este requisito está establecido en los preceptos, contenidos en la Constitución Española (art. 117) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 2), que atribuyen a los jueces como única función la función jurisdiccional, o sea, la función de decir el Derecho.

Para exponer en qué consiste esta función o qué es una decisión judicial que dice el Derecho, es necesario aclarar la noción de aplicación del Derecho; y ello requiere a su vez explicar en qué consiste aplicar un enunciado jurídico.

3.2. La aplicación de los enunciados jurídicos

Un ejemplo obvio de aplicación de un enunciado jurídico es el siguiente:

Supongamos que María, por negligencia, ha causado a Manuel un daño valorado en 1.000 euros, Manuel presenta en el juzgado una demanda contra María solicitando al juez que dicte una decisión que ordene a María pagarle la indemnización correspondiente y no existen dudas acerca de la autoría del daño, la negligencia, la relación de causalidad, el valor del daño causado, etcétera.

Supongamos que en este caso, que llamaré «caso de María», el juez dicta una decisión estimatoria, llamémosla «*S*», que, acogiendo la petición de Manuel, dice lo siguiente: «María está obligada a indemnizar a Manuel por valor de 1.000 euros». Es indudable que esta decisión aplica el enunciado jurídico que ordena al autor de un daño reparar el daño causado, que, en el Derecho español, está contenido en el art. 1902 del Código Civil, que dice literalmente lo siguiente: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Y la razón por la que la decisión estimatoria *S* aplica el art. 1902 del Código Civil español consiste en que en el caso de María concurren tres circunstancias, que constituyen requisitos necesarios y conjuntamente suficientes para que esa decisión estimatoria *S* aplique el enunciado del art. 1902 del Código Civil español.

La primera de ellas es que ha ocurrido un caso comprendido bajo el supuesto de hecho de ese enunciado jurídico. Otra manera de expresar esta misma idea es la siguiente: en este ejemplo sucede que el enunciado calificativo «María, por negligencia, ha causado a Manuel un daño por valor de 1.000 euros», que es una concreción del supuesto de hecho del art. 1902 del Código Civil, es verdadero. Si este enunciado calificativo, que realiza una operación de subsunción, no fuera verdadero o si no hubiera ocurrido un caso comprendido bajo el supuesto de hecho de dicho enunciado jurídico, ninguna decisión judicial aplicaría este enunciado. Y es importante destacar que el que el enunciado calificativo citado, «María, por negligencia, ha causado a Manuel un daño por valor de 1.000 euros», sea verdadero o bien sea falso no depende de lo que un juez diga o haga; es decir, el que haya ocurrido o no un caso comprendido bajo el supuesto de hecho de un enunciado jurídico no depende lo que un juez diga o haga.

La segunda circunstancia relevante que ocurre en el ejemplo anterior, y por la que consideramos que la decisión estimatoria *S* («María está obligada a indemnizar a Manuel por valor de 1.000 euros») aplica el citado art. 1902 es que este artículo significa, dicho brevemente, que el que cause un daño a otro está obligado a reparar el daño causado. Si este artículo o enunciado jurídico significara que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, la citada decisión estimatoria *S* no aplicaría ese enunciado jurídico. Otra manera de expresar estas mismas ideas consiste en decir que el enunciado interpretativo que afirma que el art. 1902 del Código Civil significa que el que cause un daño a otro está obligado a reparar el daño causado es verdadero; en cambio, es falso el enunciado interpretativo que afirma que dicho enunciado jurídico significa que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. Y que el hecho de que el primero de esos enunciados interpretativos sea verdadero es una de las razones por las que consideramos que la decisión estimatoria *S* aplica el citado enunciado jurídico; en cambio, esta decisión no aplicaría dicho enunciado jurídico si fuera verdadero el segundo de esos enunciados interpretativos. A ello hay que añadir una observación análoga a la realizada respecto a los enunciados calificativos: el que el art. 1902 del Código Civil tenga un sentido u otro, esto es, el que sea verdadero o bien sea falso un determinado enunciado interpretativo, que atribuye sentido a dicho enunciado jurídico, no depende de lo que diga o haga un juez.

Mas el hecho de que haya ocurrido un caso comprendido bajo el supuesto de hecho del art. 1902 del Código Civil español y el hecho de que este enunciado jurídico signifique lo que significa no son las únicas razones por las que consideramos que la decisión judicial *S* (que ordena a María pagar 1.000 euros a Manuel) aplica dicho enunciado jurídico. Pues, dando por sentadas ambas circunstancias (dando por sentado que es verdadero el enunciado calificativo «María, por negligencia, ha causado a Manuel un daño por valor de 1.000 euros» y el sentido que tiene el enunciado jurídico citado), si la decisión dictada por el juez en el caso de María ordenara a María pagar a Manuel la cantidad de 200 o 2.000 euros o condenara a María a una pena de prisión o fuera una decisión desestimatoria, dicha decisión no aplicaría el único enunciado contenido en el art. 1902 del Código Civil. Estas observaciones revelan que otra de las razones por las que consideramos que la decisión judicial *S* aplica el único enunciado contenido en el art. 1902 del Código Civil es la de que esa decisión tiene, dicho brevemente, el contenido que tiene. La decisión *S* tiene, dicho con más precisión, un contenido tal que permite afirmar que existe una determinada relación, relación triádica, entre tres cosas: la propia decisión *S*, el sentido del único enunciado contenido en el art. 1902 del Código Civil y el enunciado calificativo «María, por negligencia, ha causado a Manuel un daño por valor de 1.000 euros».

Determinar qué relación es esa es el aspecto más difícil y polémico del tema de la aplicación de los enunciados jurídicos. Según la opinión más extendida, que no comparto, dicha relación es la relación lógica de consecuencia. Pues, según la tesis a la que estoy aludiendo, una de las razones o circunstancias por las que consideramos que la decisión *S* («María está obligada a indemnizar a Manuel por valor de 1.000 euros») aplica el art. 1902 del Código Civil es que dicha decisión es consecuencia de este artículo, o del sentido de este artículo, y del enunciado calificativo «María, por negligencia, ha causado a Manuel un daño por valor de 1.000 euros».

Para el tema central de este trabajo, es irrelevante cómo se conciba esa relación. Lo único relevante al respecto es lo siguiente: para que se dé o no dicha relación triádica entre la decisión *S*, el sentido del único enunciado contenido en el art. 1902 del Código Civil y el enunciado calificativo «María, por negligencia, ha causado a Manuel un daño por valor de 1.000 euros», el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el contenido o significado de la decisión; cualquier otro aspecto de la actividad judicial es irrelevante a efectos de determinar si se da o no la citada relación, cualquiera que sea la manera de concebir esa relación.

Generalizo y resumo las ideas que acabo de exponer de la manera siguiente: para que una decisión judicial *D* cualquiera aplique un enunciado jurídico *E* cualquiera son necesarias, y conjuntamente suficientes, tres condiciones:

1.ª Que sea verdadero un enunciado calificativo *F*, que sea una concreción del supuesto de hecho del enunciado jurídico *E*, y que describe lo que ha sucedido en el mundo.

2.ª Que el enunciado jurídico *E* tenga un determinado sentido o significado.

3.ª Que exista una determinada relación *R* entre la decisión *D*, el sentido del enunciado jurídico *E* y el enunciado calificativo *F*[2].

Para el cumplimiento de las dos primeras condiciones, cualquier pronunciamiento del juez es irrelevante; y, para el cumplimiento de la tercera condición, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el sentido o contenido de la decisión. Por consiguiente:

> A efectos de si una decisión judicial cualquiera aplica o no un enunciado jurídico cualquiera, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el sentido o contenido de la decisión. Luego, cualquier otro pronunciamiento del juez, al margen de la decisión, es irrelevante a esos efectos.

3.3. La aplicación del Derecho

La teoría de la aplicación del Derecho que sostengo tiene una sola tesis propia, que es su tesis principal, y es la siguiente: aplicar el Derecho es aplicar un elemento del Derecho (para aplicar el Derecho, no es necesario aplicar todos, ni varios elementos del Derecho).

Las restantes tesis que integran la teoría de la aplicación del Derecho de la que soy partidario provienen de dos teorías:

Una de ellas es una teoría ontológico-jurídica, que expresa cuáles son los elementos que componen el Derecho. En mi opinión, el Derecho es un conjunto cuyos elementos son exclusivamente los enunciados, enunciados jurídicos, que integran las leyes, constituciones, decretos, etc. No comparto esa ontología jurídica, tan difundida en la actualidad, que admite la existencia de otras entidades jurídicas, como principios, valores, etc.[3]. Por todo ello sostengo que aplicar el Derecho, o sea, aplicar un elemento del Derecho, es aplicar un enunciado jurídico.

---

[2] La teoría de la aplicación de los enunciados jurídicos que defiendo está contenida en el capítulo II de HERNÁNDEZ MARÍN, 2005.

[3] En los capítulos 2-6 de HERNÁNDEZ MARÍN, 2002, justifico detenidamente mi posición ontológica frente a las teorías dominantes.

La segunda teoría integrada en la teoría de la aplicación del Derecho es una teoría acerca de la aplicación de los enunciados jurídicos. Según la teoría de la aplicación de los enunciados jurídicos que antes he expuesto, concretamente, según la tesis con la que ha finalizado dicha exposición, a efectos de si una decisión judicial cualquiera aplica o no un enunciado jurídico cualquiera, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el sentido o contenido de la decisión; cualquier otro pronunciamiento del juez, al margen de la decisión, es irrelevante a esos efectos. Y dado que aplicar el Derecho es aplicar un enunciado jurídico, esa tesis también es válida respecto a la aplicación del Derecho. Por tanto:

> A efectos de si una decisión judicial cualquiera aplica o no el Derecho, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el sentido o contenido de la decisión. Luego, cualquier otro pronunciamiento del juez, al margen de la decisión, es irrelevante a esos efectos. En particular, para aplicar el Derecho, no es necesario que el juez realice ninguna de las tareas que usualmente se asocian a la aplicación del Derecho, tales como la interpretación del Derecho y la subsunción. Tampoco es necesario que la decisión esté motivada.

Según observaciones anteriores, para que una decisión judicial aplique un enunciado jurídico y, en definitiva, el Derecho, es necesario que cierto enunciado interpretativo sea verdadero y también que sea verdadero un determinado enunciado calificativo, que realiza una operación de subsunción. Pero, para que estos enunciados sean verdaderos, es irrelevante, según esas mismas observaciones, el que el juez formule o no dichos enunciados y, en general, cualquier pronunciamiento del juez. Por ello, el hecho de que, para que una decisión judicial aplique el Derecho, sea necesario que sean verdaderos cierto enunciado interpretativo y cierto enunciado calificativo no refuta la tesis que acaba de ser enunciada.

3.4. La actividad jurisdiccional

Junto al requisito de congruencia, que exige que la decisión dictada por el juez sea una decisión o bien estimatoria o bien desestimatoria de la petición que el juez ha recibido, el Derecho impone al contenido de las decisiones judiciales un segundo y último requisito. Es la exigencia de que esa decisión dictada por el juez para resolver el conflicto, la decisión dictada al juzgar, sea una decisión, bien estimatoria, bien desestimatoria, que diga el Derecho. En esto consiste la actividad o función jurisdiccional que el Derecho (en los artículos de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial citados anteriormente) exige a los jueces: en dictar decisiones que digan el Derecho. Por esta razón, una decisión judicial materialmente correcta o conforme al Derecho es una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, que dice el Derecho.

La teoría de la actividad jurisdiccional es la teoría que trata de determinar qué es una decisión judicial que dice el Derecho. Esta teoría arranca de dos ideas básicas: la noción de aplicar el Derecho, proporcionada por la teoría de la aplicación del Derecho, y la distinción entre decisiones judiciales estimatorias y desestimatorias. Partiendo de estas ideas, la teoría de la actividad jurisdiccional ha de determinar las condiciones necesarias y suficientes para que una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, diga el Derecho.

La teoría de la actividad jurisdiccional que sostengo puede ser resumida mediante las tesis siguientes:

1.ª Siempre que una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, aplica el Derecho, la decisión dice el Derecho.

2.ª Si se trata de una decisión estimatoria, también es cierta la tesis recíproca de la anterior: siempre que una decisión estimatoria dice el Derecho, la decisión aplica el Derecho. Por consiguiente, en el caso de las decisiones estimatorias, las nociones de decir el Derecho y aplicar el Derecho coinciden, ya se trate del Derecho material o sustantivo, ya se trate del Derecho procesal.

3.ª Las decisiones judiciales desestimatorias solo aplican el Derecho procesal, no el Derecho material. Las decisiones desestimatorias solo aplican enunciados jurídicos que exigen al juez desestimar una pretensión cuando se dan ciertos hechos procesales, como la renuncia del actor (art. 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o las dudas del juez respecto a la ocurrencia o no de hechos relevantes para la decisión resolutoria del litigio (art. 217.1 de la misma ley).

4.ª En el caso de las decisiones judiciales desestimatorias, las nociones de decir el Derecho y aplicar el Derecho coinciden si se trata del Derecho procesal, pero no si se trata del Derecho material.

Por consiguiente, tratándose de decisiones desestimatorias, decir el Derecho procesal equivale a aplicar el Derecho procesal y, en definitiva, a aplicar un enunciado jurídico procesal.

Mas, por lo que respecta a las decisiones desestimatorias y el Derecho material, la tesis que sostengo es que una decisión judicial desestimatoria dice el Derecho material si, y solo si, ninguna decisión estimatoria aplica o dice el Derecho material. Ello es consecuencia de las dos tesis siguientes:

a) Si una decisión judicial estimatoria aplica o dice el Derecho material, la desestimatoria no aplica, ni dice el Derecho material.

b) Si una decisión judicial estimatoria no aplica o no dice el Derecho material, la desestimatoria dice, aunque no aplica, el Derecho material.

Estas dos tesis son fundamentales para el tema central del presente trabajo. Por esta razón, trataré de justificarlas mediante las consideraciones que siguen.

Para ilustrar la primera de esas tesis, recordemos el «caso de María», que ha causado a Manuel un daño por valor de 1.000 euros es demandada, etc., y el juez dicta la decisión estimatoria *S*, que dice lo siguiente: «María está obligada a indemnizar a Manuel por valor de 1.000 euros». Según he dicho antes, esta decisión estimatoria aplica un enunciado jurídico, el enunciado contenido en el art. 1902 del Código Civil español, que es un enunciado jurídico material o sustantivo, no procesal. Ahora podemos añadir que dicha decisión aplica el Derecho y dice el Derecho, el Derecho material. Y, dado que esa decisión estimatoria aplica o dice el Derecho material, si el juez hubiera dictado en ese caso una decisión desestimatoria, esta decisión desestimatoria no habría dicho el Derecho material, conforme a esa primera tesis.

Consideremos ahora la segunda de aquellas tesis, la tesis «Si una decisión judicial estimatoria no aplica o no dice el Derecho material, la desestimatoria dice, aunque no aplica, el Derecho material». Para ilustrar esta tesis, pondré dos ejemplos:

El primero es el que voy a denominar «caso de Juan». Juan es demandado bajo la acusación falsa de haber causado un daño por valor de 1.000 euros al demandante y este solicita al juez que Juan le indemnice el supuesto daño al amparo del art. 1902 del Código Civil. Ahora no ha ocurrido un caso comprendido bajo el supuesto de hecho de este artículo. Por consiguiente, en el caso de Juan, una decisión estimatoria no aplicaría dicho artículo.

El segundo caso es el que voy a denominar «caso de Pedro». Por negligencia, Pedro ha causado un daño valorado en 1.000 euros y es demandado por el perjudicado; pero el demandante solicita al juez que dicte una decisión que no es la prevista en la consecuencia del art. 1902 del Código Civil; supongamos, por ejemplo, que el demandante solicita al juez que ordene que Pedro sea expulsado del territorio nacional. Es obvio que, en este caso, tampoco aplicaría el art. 1902 del Código Civil una decisión estimatoria.

Así, pues, en ninguno de los dos últimos casos, aplicaría el art. 1902 del Código Civil una decisión estimatoria. En el caso de Juan, porque Juan no ha hecho ningún daño; su caso no está comprendido bajo el supuesto de hecho de ese enunciado jurídico. En el caso de Pedro, una decisión estimatoria no aplicaría dicho enunciado jurídico, porque la decisión que el demandante solicita al juez no es la prevista en la consecuencia del mismo precepto. Sea por la razón que sea, lo relevante de ambos casos es que una decisión estimatoria no aplicaría el art. 1902 del Código Civil, que es un enunciado jurídico material. Y cabe añadir que, tanto en un caso como en el otro, una decisión estimatoria tampoco aplicaría ningún otro enunciado jurídico material, no aplicaría o no diría el Derecho material. Esto es lo relevante en ambos casos.

Pues cuando, por la razón que sea, ninguna decisión estimatoria aplicaría o diría el Derecho material, es la decisión desestimatoria la que dice el Derecho material. Aunque es necesario subrayar que esa decisión desestimatoria, que dice el Derecho material, no aplica el Derecho material, no aplica el art. 1902 del Código Civil español, ni ningún otro enunciado jurídico material. La decisión desestimatoria dice el Derecho material en el sentido de que la decisión dice lo que el Derecho material tácitamente dice, a saber: que la decisión estimatoria no es procedente.

Finalizaré esta teoría de la actividad jurisdiccional con las observaciones siguientes. Una consecuencia de las ideas que he expuesto hasta el momento es que, a efectos de si una decisión judicial estimatoria aplica un enunciado jurídico material y, por tanto, esa decisión dice el Derecho material, el único aspecto relevante de la actividad judicial es el contenido de esa decisión estimatoria. Del mismo modo, a efectos de si una decisión judicial estimatoria no aplica un enunciado jurídico material y, por tanto, la decisión desestimatoria correspondiente dice el Derecho material, el único aspecto relevante de la actividad judicial es el contenido de la decisión estimatoria. Igualmente, a efectos de si una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, aplica un enunciado jurídico procesal y, por tanto, esa decisión dice el Derecho procesal, el único aspecto relevante de la actividad judicial es el contenido de la propia decisión. En resumen:

> A efectos de si una decisión judicial dice el Derecho, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el contenido de esa decisión o bien el contenido de la decisión opuesta a ella.

4. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

La teoría de la motivación de las decisiones judiciales que sostengo se resume en la tesis siguiente:

> La motivación de una decisión judicial es un razonamiento que intenta probar que la decisión es jurídicamente correcta, o sea, conforme al Derecho, sobre todo, materialmente conforme al Derecho.

Esta tesis revela qué relación existe entre la segunda de las obligaciones básicas de los jueces, la de decidir conforme al Derecho, y la tercera de esas obligaciones, la de motivar las decisiones. Pues no se trata de que los jueces tengan una obligación híbrida entre ellas, la obligación de motivar en Derecho sus decisiones, o la obligación de fundar o justificar sus decisiones en el Derecho, etc., como se dice frecuentemente. La relación entre dichas obligaciones consiste en que la tercera de ellas, la obligación de motivar, es un intento de probar el cumplimiento de la segunda, un intento de probar que la decisión dictada es conforme al Derecho, sobre todo, que es materialmente conforme a Derecho, o sea, que la decisión dice el Derecho. De esta manera queda también en evidencia la relación que existe entre el art. 120.3 de la Constitución, que impone a los jueces la obligación de motivar, y el art. 117.3 y 117.4 de la Constitución, que establece que la única función de los jueces es la obligación jurisdiccional, la obligación de decir el Derecho.

5. SÍNTESIS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS JUECES

Consecuencia de que el Derecho impone a los jueces las obligaciones descritas en los apartados anteriores es que, ante un litigio, el Derecho exige al juez realizar tres actividades: una actividad *procesal*, una actividad *decisoria* y una actividad *justificatoria*. Estas dos últimas también son, en rigor, actividades procesales. Pero voy a utilizar el término «actividad procesal (del juez)» para referirme solo a la serie de actos procesales del juez que tienen lugar antes de dictar la decisión.

La actividad procesal del juez está integrada por diferentes actos procesales, que varían según cuál sea el tipo de proceso. La actividad justificatoria, en cambio, está integrada por un único acto, aunque complejo, dado que cabe distinguir en él diferentes subactividades, concretamente, diferentes razonamientos que integran la motivación de la decisión. La actividad decisoria, por último, se materializa en un acto único y simple, aunque hay que distinguir en ese acto dos aspectos fundamentales: la mera actividad de decidir, identificada con la actividad de juzgar, y la actividad de decidir conforme al Derecho. Y en esta última podemos distinguir a su vez entre la actividad de decidir materialmente conforme al Derecho o actividad jurisdiccional y la actividad de decidir procesalmente conforme al Derecho.

Por tanto, en definitiva, la actividad judicial se divide en cinco subactividades, cada una de las cuales responde a una exigencia que el Derecho impone a los jueces. Esto es lo que afirma la tesis siguiente:

> Ante un litigio, un juez está obligado por el Derecho a realizar cinco actividades: una actividad procesal, la actividad de juzgar, la jurisdiccional, la actividad de decidir procesalmente conforme al Derecho y la actividad justificatoria.

6. LA PONDERACIÓN

Partiendo de que las actividades que un juez está obligado a realizar en un litigio son esas cinco que acaban de ser enumeradas, estamos ahora en condiciones de afrontar la cuestión que da título a este trabajo: ¿por qué ponderar?

La ponderación no es una obligación, al menos directa, de los jueces, dado que no existe ningún enunciado jurídico que obligue a los jueces a realizar una ponderación en ningún caso, ni siquiera en caso de conflicto entre dos enunciados jurídicos (materiales o sustantivos)[4]. R. GUASTINI escribe, en el mismo sentido, que «la técnica de la ponderación, comúnmente utilizada por los tribunales constitucionales, no es prescrita por ninguna norma positiva»[5].

No obstante, podría suceder que la ponderación fuera una obligación indirecta de los jueces, en el sentido de que, para realizar alguna de esas cinco actividades que el Derecho exige a los jueces, fuera necesario que los jueces realizaran una ponderación en algún caso, en particular, en caso de conflicto entre dos enunciados jurídicos. La cuestión que habría que plantear entonces es la de qué actividad, de esas cinco que han sido enumeradas, es la que el juez no podría realizar sin ponderar, en caso de conflicto entre dos enunciados jurídicos.

Pues es obvio que, aunque exista algún conflicto entre dos enunciados jurídicos (materiales o sustantivos), no es necesario que un juez realice ninguna ponderación entre esos enunciados a la hora de realizar la actividad procesal que el Derecho le exige. Por otro lado, y aunque exista algún conflicto entre dos enunciados jurídicos, tampoco es necesario que el juez pondere a la hora de juzgar o decidir, dado que el juez cumple la obligación de juzgar dictando una decisión cualquiera, por absurda que sea. La ponderación tampoco es necesaria, aunque exista un conflicto entre dos enunciados jurídicos (materiales o sustantivos), a fin de que la decisión judicial sea procesalmente conforme al Derecho. Podrían existir dudas acerca de si, en caso de conflicto entre dos enunciados jurídicos, la ponderación es necesaria a fin de que el juez cumpla la obligación jurisdiccional, la obligación de dictar una decisión que diga el Derecho. Pero ya hemos visto que, a efectos del cumplimiento de esta obligación, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el sentido o contenido de una determinada decisión judicial; cualquier cosa que el juez haga o diga al margen de la decisión es irrelevante a efectos del cumplimiento de la obligación jurisdiccional. Esto es válido en cualquier caso, en particular, aunque exista un conflicto entre dos enunciados jurídicos. Y por lo que respecta finalmente a la motivación, entendida como un intento de probar que la decisión dictada por el juez dice el Derecho, tampoco es necesario que el juez realice una ponderación para el cumplimiento de la obligación de motivar, aunque exista un conflicto entre dos enunciados jurídicos; es suficiente que el juez razone intentando probar, por ejemplo, que la decisión que ha dictado aplica un enunciado jurídico determinado.

De las observaciones precedentes deseo destacar la circunstancia de que, en los casos en los que hay un conflicto entre dos enunciados jurídicos (materiales o sustan-

---

[4] Aunque no siempre haga la precisión que en rigor sería necesaria, siempre debe entenderse que me refiero a conflictos entre enunciados jurídicos materiales o sustantivos.

[5] GUASTINI, 2014: 287, nota 63.

tivos), la ponderación no es necesaria, ni para que el juez juzgue o decida, ni tampoco para que la decisión dictada por el juez diga el Derecho. Pues a ello deseo añadir que puede ocurrir que, en esos casos de conflicto, lo necesario para que el juez juzgue o decida y para que el juez cumpla su obligación jurisdiccional sea, al contrario, que el juez no realice ninguna ponderación. Si el juez realiza una ponderación en esos casos de conflicto, es posible que incumpla alguna de esas dos obligaciones, por las razones que voy exponer a continuación.

Un caso claro de antinomia o conflicto (potencial) entre dos enunciados jurídicos es el caso, citado frecuentemente en los últimos años en algunos trabajos de filosofía del Derecho, de un enunciado jurídico E_1, que prohíbe a los vehículos detenerse ante las instalaciones militares, y un enunciado jurídico E_2, que obliga a los vehículos a detenerse ante un semáforo en rojo. Pues si en una avenida donde hay una instalación militar fuera colocado un semáforo justo delante de la instalación, los vehículos que pasaran por esa avenida y se encontraran ante el semáforo en rojo estarían obligados, según la primera de esas normas, a no detenerse y, según la segunda, a detenerse. No obstante, este caso representa un problema solo para los conductores de vehículos que circulen por dicha avenida, pero no para la Administración pública, ni para los jueces. Pues los enunciados jurídicos que estos han de aplicar no son ni E_1, ni E_2, sino otros enunciados, uno de los cuales, E_{1bis}, sanciona a los que infrinjan E_1, mientras que el otro, E_{2bis}, sanciona a los que infrinjan E_2. Entre E_{1bis} y E_{2bis} no hay ningún conflicto. Y los jueces cumplen su obligación jurisdiccional cada vez que aplican E_{1bis} y cada vez que aplican E_{2bis}.

Otro caso claro de antinomia o conflicto (potencial) entre dos enunciados jurídicos que, a diferencia del anterior, sí podría representar un problema para los jueces sería el siguiente. Un enunciado jurídico N_1, contenido en una ley, establece que, en el caso de arrendamiento de una vivienda, que no constituya la vivienda habitual del arrendatario, el impago de la renta durante dos meses consecutivos es causa de rescisión del contrato de arrendamiento; y otro enunciado jurídico N_2, contenido en esa misma ley o en otra ley distinta, establece que, en el caso de arrendamiento de una vivienda, cuyo arrendatario tenga ingresos inferiores al salario mínimo, el impago de la renta es causa de rescisión del contrato de arrendamiento solo en el caso de que dicho impago se prolongue durante seis meses consecutivos. Y hay que añadir la suposición de que no cabe la posibilidad de interpretar estos enunciados jurídicos de manera que uno de ellos sea una excepción del otro.

El conflicto se produciría, por ejemplo, en el caso, llamémosle «*c*», de que el arrendatario de una vivienda que no es su domicilio habitual, y tiene ingresos inferiores al salario mínimo, deja de pagar la renta durante dos meses consecutivos. Este caso incluye la circunstancia de que un arrendatario de una vivienda, que no es su domicilio habitual, ha dejado de pagar la renta durante dos meses consecutivos; y esta circunstancia es causa de rescisión del contrato de arrendamiento, según la norma N_1. Pero el caso *c* también incluye la circunstancia de que un arrendatario de una vivienda, que tiene ingresos inferiores al salario mínimo, ha dejado de pagar la renta durante menos de seis meses; y esta circunstancia no es causa de rescisión del contrato de arrendamiento, según la norma N_2.

Supongamos que el caso *c* llega a conocimiento de un juez mediante demanda presentada por el arrendador, en la que este solicita la rescisión del contrato de arren-

damiento, conforme a la norma N_1. Y supongamos también que, en su contestación a esa demanda, el demandado-arrendatario no se allana y se opone a ella. Podrían darse dos situaciones.

Una de ellas consistiría en que el demandado se limitara a oponerse a la pretensión del demandante-arrendador, o sea, solo solicitara al juez que rechazara o desestimara la pretensión del demandante, eventualmente alegando, como excepción material, que el caso *c* está contemplado bajo el supuesto de hecho de la norma N_2. En esta hipótesis, una decisión estimatoria, llamémosla «D_1», de la petición del demandante, declarando rescindido el contrato de arrendamiento, aplicaría un enunciado jurídico material, el enunciado o norma N_1. Por tanto, dicha decisión aplicaría y diría el Derecho, concretamente, el Derecho material. En cambio, si el juez dictara, como pretende el demandado, una decisión desestimatoria, que rechazara la petición del demandante de declarar rescindido el contrato, esa decisión no diría el Derecho por las razones siguientes:

Obsérvese, en primer lugar, que esta decisión desestimatoria no aplicaría el enunciado jurídico material N_2. Pues no es lo mismo una decisión desestimatoria, que rechaza la petición de declarar rescindido el contrato, que una decisión que declara no rescindido el contrato. Esta segunda decisión, que declara no rescindido el contrato, sí aplicaría el enunciado jurídico material N_2, pero no es una decisión desestimatoria. En cambio, la primera, la desestimatoria de aquella petición, no aplicaría el enunciado jurídico material N_2, dado que una decisión desestimatoria solo aplica enunciados jurídicos procesales que exigen al juez, si se dan ciertos hechos procesales, desestimar una petición.

Pero además, en segundo lugar y en términos más generales, una decisión desestimatoria de la petición de declarar rescindido el contrato no aplicaría ningún enunciado jurídico, ni diría el Derecho. Según la teoría de la actividad jurisdiccional que antes he presentado, una decisión desestimatoria dice el Derecho si, y solo si, se da una de las dos circunstancias siguientes: o bien la decisión desestimatoria aplica un enunciado jurídico procesal (en cuyo caso la decisión desestimatoria dice y aplica el Derecho procesal) o bien ninguna decisión estimatoria aplica un enunciado jurídico material (en cuyo caso la decisión desestimatoria dice, aunque no aplica, el Derecho material); y, en el caso *c*, no se da ninguna de esas dos circunstancias: la decisión desestimatoria no aplica ningún enunciado jurídico procesal (salvo que supongamos hipótesis procesales adicionales) y además una decisión estimatoria aplica un enunciado jurídico material, el enunciado N_1.

Por consiguiente, y resumiendo, en la primera hipótesis que estamos considerando, solo hay una decisión que dice el Derecho, que es la decisión D_1, estimatoria de la petición del demandante. Esta primera hipótesis, por tanto, no plantea ningún problema.

Pero lo más probable es que se diera una segunda situación, consistente en que el demandado, además de oponerse a la demanda (es decir, además de solicitar al juez la desestimación de la petición del actor), solicitara al juez, en reconvención, que declare no rescindido el contrato de arrendamiento conforme a la norma N_2[6]. En este caso, la

[6] Debe tenerse en cuenta a este respecto el último enunciado del art. 406.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice lo siguiente: «En ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal».

decisión estimatoria de la petición del demandado, llamémosla «D_2», declarando no rescindido el contrato, aplicaría un enunciado jurídico material, el enunciado N_2, y, por tanto, aplicaría y diría el Derecho, el Derecho material, concretamente. También diría el Derecho material, naturalmente, la decisión estimatoria D_1 que, accediendo a la petición del demandante, declara rescindido el contrato, puesto que esta decisión aplicaría el enunciado jurídico material N_1. Por consiguiente, y conforme a una de las tesis de la teoría jurisdiccional antes expuesta, dado que tanto la decisión estimatoria D_1, como la decisión estimatoria D_2 dicen el Derecho material, las decisiones desestimatorias opuestas a ellas, o sea, las decisiones que desestiman las peticiones estimadas por D_1 y D_2, no dirían el Derecho material. Puesto que tampoco dirían el Derecho procesal, dichas decisiones desestimatorias no dirían el Derecho, en definitiva.

Si uno de los dos enunciados, N_1 o N_2, estuviera contenido en una ley y el otro en un reglamento, la combinación de la obligación jurisdiccional y el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que ordena a los jueces no aplicar las normas reglamentarias que sean contrarias a las leyes o a la Constitución) exigiría al juez aplicar el enunciado jurídico contenido en la ley e ignorar el otro. Pero esta posibilidad ha de ser descartada, dado que hemos supuesto que tanto el enunciado N_1 como el enunciado N_2 están contenidos en leyes. La situación es, pues, que tanto la decisión estimatoria D_1, que aplica N_1, como la decisión estimatoria D_2, que aplica N_2, dicen el Derecho, concretamente, dicen el Derecho material, a pesar de ser incompatibles en algún sentido; en cambio, ninguna de las dos decisiones desestimatorias correspondientes dice el Derecho material, ni el Derecho, en definitiva. Y ninguna de esas dos decisiones estimatorias dice el Derecho mejor o peor que la otra. Por consiguiente, cabría pensar que el juez puede cumplir su obligación jurisdiccional dictando una cualquiera de esas dos decisiones estimatorias, pero no las dos, obviamente.

Esta tesis será contestada por quienes piensan que en cualquier caso litigioso, también por tanto en el caso *c* que nos ocupa, solo hay una decisión judicial correcta; y que, por ello, el caso *c* plantea el problema de saber cuál de esas dos decisiones estimatorias es la correcta y debe ser dictada por el juez. A todo lo cual los teóricos de la ponderación añadirían que el juez ha de solucionar ese problema realizando una ponderación de los intereses en conflicto. Personalmente, también yo rechazo la tesis citada, aunque por otra razón bien distinta. Pues, en mi opinión, el caso *c* plantea una duda más radical que la de saber cuál de las dos decisiones estimatorias, D_1 o D_2, debe dictar el juez. Es la duda de si, en la segunda situación que estamos analizando (consistente en que el demandado formula reconvención), el Derecho exige al juez dictar solo una de esas decisiones estimatorias o bien le exige dictar las dos. Es indudable que el juez de ese hipotético caso dictaría una sola de esas decisiones, pues pensaría que él solo puede (o debe) dictar una de esas dos decisiones estimatorias, o D_1 o D_2, pero no ambas, dado que lo contrario, es decir, dictar ambas decisiones, sería irracional, puesto que dichas decisiones son en algún sentido incompatibles. Pero obsérvese que si el juez dictara una sola de esas dos decisiones estimatorias incompatibles, como exigen los teóricos de la ponderación, dejaría de responder a una de las peticiones de los litigantes e incumpliría con ello la obligación de juzgar. Y si se piensa que, al dictar una de esas decisiones que estima la petición de uno de los litigantes, el juez está respondiendo de modo tácito a la petición del otro litigante, desestimándola tácitamente,

recuérdese que esa decisión desestimatoria tácita no dice el Derecho, en particular, no dice el Derecho material, dado que la decisión estimatoria correspondiente sí dice o aplica el Derecho material. Por lo cual el juez incumpliría la obligación jurisdiccional. Lo mismo sucedería naturalmente si el juez, junto a la decisión que estima la petición de uno de los litigantes, dictara otra decisión desestimando expresamente la petición del otro litigante: esta decisión desestimatoria no diría el Derecho material y el juez incumpliría la obligación jurisdiccional.

Una confirmación *grosso modo* de la tesis de que el juez incumpliría alguna de esas dos obligaciones, la de juzgar o la jurisdiccional, si dictara solo una de las dos decisiones estimatorias, opuestas, que solicitan los litigantes se halla en los hechos siguientes: dichas obligaciones exigen al juez decidir los casos litigiosos de la manera prevista por el Derecho; pero, al dictar una sola de esas decisiones estimatorias, el juez estaría decidiendo racionalmente un caso, respecto al cual lo que el Derecho ha previsto es irracional.

En el caso *c* comentado, cuando el demandado formula reconvención, la situación procesal puede ser contemplada como si hubiera dos litigios sin reconvención; dos litigios que, además, podrían haber sido sustanciados, no en el mismo procedimiento judicial, como estamos suponiendo, sino en procedimientos judiciales distintos, que transcurren en periodos de tiempo también distintos. Y en cada uno de esos litigios nos situamos en la primera de las hipótesis que hemos considerado, en la que el demandado se limita a oponerse a la pretensión del actor. Cuando esto ocurre, según se ha dicho antes, la decisión estimatoria dice el Derecho, pero la desestimatoria no; y esto es válido para ambos litigios, incluso en el caso de que ambos litigios se sustancien en el mismo procedimiento.

Podría ocurrir, ciertamente, que la regulación legal de la actividad judicial incluyera un enunciado jurídico especial que estableciera que, en esos casos de antinomia, el juez está obligado a aplicar uno solo de los dos enunciados en conflicto. Dicha regulación también podría incluir alternativamente un enunciado jurídico que dijera, en términos más generales, que el fallo de la sentencia no puede contener decisiones o disposiciones incompatibles[7]. Cualquiera de estos dos enunciados jurídicos introduciría una excepción en las obligaciones que el Derecho impone a los jueces, bien en la obligación de juzgar, exigiendo al juez no responder a una pretensión formulada por una de las partes, bien en la obligación jurisdiccional, de manera que en el caso *c* el juez estaría obligado a responder a una de las pretensiones de las partes dictando una decisión desestimatoria, que no dice el Derecho. Pero, si el Derecho no incluye ningún enunciado parecido a esos, no veo cómo evitar la conclusión que ha sido alcanzada.

Cualquier teoría de la ponderación rechazaría esta conclusión. Sin embargo, todas las teorías de la ponderación presentan la misma deficiencia, consistente en que no parten de ninguna teoría acerca de las obligaciones de los jueces. Los teóricos y prácticos de la ponderación judicial no han elaborado una teoría que establezca: *a)* cuáles son las obligaciones de un juez en un litigio; *b)* qué normas jurídicas imponen dichas obligaciones, y *c)* en qué consiste cada una de ellas. Una teoría que, además, debería

[7] La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su art. 1692.4, consideraba motivo de casación el hecho de que «el fallo contenga disposiciones contradictorias».

implicar la tesis de que, en caso de conflicto entre dos enunciados jurídicos, es una obligación directa o indirecta del juez realizar una ponderación. Sin tal teoría, la tesis citada o cualquier otra tesis acerca de lo que un juez está obligado a hacer o no hacer en determinados casos litigiosos carecen inevitablemente de justificación teórica. Algunas de esas tesis, aunque gratuitas, serán más o menos razonables; pero otras serán improvisaciones o incluso ocurrencias disparatadas, que no merecen ninguna atención.

Pero incluso suponiendo que, en caso de antinomia entre dos enunciados jurídicos, el juez estuviera obligado (por la existencia de algún enunciado jurídico especial, que introdujera alguna excepción en las obligaciones que el Derecho impone a los jueces, o por cualquiera otra razón) a aplicar uno solo de los dos enunciados en conflicto, seguiría siendo pertinente la misma pregunta: ¿por qué ponderar? Dicho de otro modo, si en los casos de antinomia entre dos enunciados jurídicos (materiales o sustantivos) el juez estuviera obligado por el Derecho a aplicar uno solo de los enunciados en conflicto, ¿cuál de las obligaciones que el Derecho impone a los jueces no podría ser realizada sin ponderar?

Parece obvio que, también en este supuesto, el juez no necesitaría realizar ninguna ponderación, ni para cumplir sus obligaciones procesales previas a la decisión resolutoria del litigio, ni para cumplir la obligación de juzgar o decidir, ni tampoco para que la decisión dictada fuera procesalmente conforme al Derecho. Tal vez podrían existir dudas acerca de si juez necesita ponderar para cumplir la obligación jurisdiccional o para cumplir la obligación de motivar. Pero esas dudas pueden ser despejadas fácilmente.

Consideremos, en primer lugar, las posibles relaciones entre la ponderación y la obligación jurisdiccional del juez, o sea, la obligación de dictar una decisión que diga el Derecho. Un juez puede cumplir su obligación jurisdiccional dictando una decisión que aplica el Derecho, dado que siempre que una decisión judicial aplica el Derecho la decisión dice el Derecho. Aunque, según observaciones anteriores, un juez también puede cumplir su obligación jurisdiccional de otra manera distinta, a saber: dictando una decisión desestimatoria que dice el Derecho, el Derecho material, aunque no aplica el Derecho. Estas son las dos únicas maneras de decir el Derecho. Para que una decisión judicial diga el Derecho de cualquiera de esas dos maneras, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es, según observaciones anteriores, el contenido de esa decisión o de la decisión opuesta a ella. Cualquier ponderación es irrelevante a esos efectos. Por otro lado, la ponderación no es otro modo adicional de decir el Derecho, alternativo a los dos citados, en particular, alternativo a la aplicación del Derecho, dicho sea en contra de la frecuente presentación de la ponderación como una alternativa a la aplicación del Derecho. Por todo ello, la ponderación es irrelevante a efectos del cumplimiento de la obligación jurisdiccional del juez. Esta tesis también es válida aunque exista un conflicto entre dos enunciados jurídicos y aunque el juez esté obligado por el Derecho a aplicar uno solo de los dos enunciados en conflicto; pues, en este caso, un juez podría cumplir impecablemente su obligación jurisdiccional aplicando uno cualquiera de los enunciados en conflicto, sin realizar ninguna ponderación.

Otras veces, la oposición que se realiza no es entre la ponderación y la aplicación del Derecho, sino entre la aplicación del Derecho mediante la ponderación y la aplicación del Derecho mediante la subsunción o la interpretación. Sin embargo,

según la teoría de la aplicación del Derecho antes expuesta, ni la interpretación, ni la subsunción son necesarias para la aplicación del Derecho. Tampoco es necesaria para ello la ponderación, dado que, según dicha teoría, a efectos de si una decisión judicial aplica o no el Derecho, el único aspecto de la actividad judicial que es relevante es el contenido de la decisión. Es irrelevante que el contenido de la decisión dictada por el juez sea resultado de una actividad racional o irracional, de una ponderación o de un proceso aleatorio.

Consideraremos ahora la posibilidad de que la ponderación fuera necesaria para el cumplimiento de la obligación de motivar. Esta es la perspectiva que adoptan algunos autores, que contemplan la ponderación, no como una alternativa a la aplicación del Derecho, ni como una alternativa a la aplicación del Derecho mediante la interpretación y la subsunción, sino como un razonamiento integrante de la motivación de una decisión, que pretende justificar, en caso de conflicto entre dos enunciados o elementos del Derecho, qué enunciado o elemento ha de ser aplicado. Sin embargo, la motivación es un razonamiento que intenta probar que la decisión dictada es conforme al Derecho, sobre todo, que la decisión es materialmente conforme al Derecho, esto es, que la decisión (sea estimatoria, sea desestimatoria) dice el Derecho. Y, dado que toda decisión judicial que aplique un enunciado jurídico cualquiera aplica el Derecho y dice el Derecho, cumple la obligación de motivar el juez que, ante un conflicto entre dos enunciados jurídicos, se limita a intentar probar que su decisión aplica uno de esos dos enunciados, pues ello basta para intentar probar que la decisión aplica y dice el Derecho. No es necesario, para el cumplimiento de la obligación de motivar, que el juez justifique por qué ha optado por aplicar precisamente ese enunciado, en vez del otro. Incluso el Tribunal Constitucional español, que en otras ocasiones ha optado por la ponderación, ha sostenido la misma tesis en una notable sentencia de 1993 [8].

Y cabe añadir una última observación respecto a la ponderación. El hecho de que un tribunal, en caso de conflicto entre dos enunciados jurídicos, justifique en la motivación de su decisión por qué ha decidido aplicar uno de los enunciados en conflicto en vez del otro no garantiza que la decisión dictada haya aplicado realmente el enunciado jurídico que el tribunal dice haber aplicado. Ello depende, entre otras cosas, de cuál sea la interpretación verdadera de ese enunciado. Pero las ponderaciones raramente van acompañadas de interpretaciones de los enunciados jurídicos en conflicto. Ello tiene dos consecuencias: por un lado, resulta imposible saber si las interpretaciones realizadas por el tribunal, y que este no ha exteriorizado en su motivación, son verdaderas o falsas; y, por otro lado, queda en entredicho si la decisión dictada aplica realmente

[8] «Por consiguiente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid venía obligado a motivar el sentido del fallo pronunciado —exigencia que, como hemos visto, cumplió suficientemente—, pero no a explicar específicamente por qué consideraba aplicables determinadas normas y no otras también alegadas por las partes. Los órganos judiciales están sometidos, en efecto, al deber constitucional de motivar las resoluciones que dictan, esto es, a indicar cuál o cuáles son las normas jurídicas aplicables al supuesto debatido y la interpretación de las mismas que conduce, lógicamente, al sentido del fallo pronunciado. Sin embargo, el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales no puede, rectamente entendido, implicar una obligación adicional para el Juez o Tribunal de explicar no solo qué normas jurídicas aplica para resolver la contienda sino, además, por qué deja de aplicar otras normas del ordenamiento jurídico de mayor o menor relevancia para el caso. Una exigencia de esta naturaleza resultaría una carga excesiva para los órganos judiciales carente de apoyatura constitucional y susceptible de perjudicar gravemente el correcto desenvolvimiento de la Administración de Justicia y la deseable celeridad de los procesos (art. 24.2 CE)» (STC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 5.º).

el enunciado que el tribunal dice haber aplicado, teniendo en cuenta cuál es el sentido de dicho enunciado. Estas circunstancias son claramente observables cuando se trata de la aplicación de enunciados jurídicos cuyo sentido es dudoso, como es el caso de muchos enunciados jurídicos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

GUASTINI, R., 2014: *Interpretar y argumentar*, traducción española de S. ÁLVAREZ, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2002: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2.ª ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

— 2005: *Las obligaciones básicas de los jueces,* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.