

EL PODER JUDICIAL FRENTE AL PROBLEMA DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA. EL LAWFARE*

Judicial Power Facing the Problem of the Only Correct Answer. The Lawfare

MILAGROS OTERO PARGA**

Fecha de recepción: 17/04/2024
Fecha de aceptación: 26/06/2024

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 59 (2025), 405-426
<https://doi.org/10.30827/acfs.v59i.30600>

RESUMEN Los ciudadanos necesitan seguridad y certeza en sus relaciones sociales, y los poderes del Estado deben proporcionárselas. Sin embargo, hoy en día no es así. El principio de separación de poderes amenaza con quiebra. El poder del Estado se debilita y los ciudadanos ya no confían ni en la independencia, ni en la transparencia de sus actuaciones. En esta situación, el poder judicial se muestra como el último reducto de confianza para ellos. Sin embargo, su actuación también plantea problemas. Los ciudadanos se preguntan. ¿Existe o no una única respuesta judicial para cada caso concreto? El presente trabajo se ocupa de abordar este asunto defendiendo la discrecionalidad judicial y condenando, por el contrario, la arbitrariedad que supondría la utilización del lawfare.

Palabras clave: Poder Judicial, Lawfare, Única Respuesta Correcta, Derechos Humanos, Estado de Derecho.

ABSTRACT Citizens need security and certainty in their social relationships and the powers of the State must provide them. However, today this is not the case. The principle of separation of powers threatens bankruptcy. The power of the State is weakened, and citizens no longer trust in the independence or transparency of its actions. In this situation, the judicial power appears to be the last bastion of trust for citizens. However, his performance also poses problems. Citizen's ask themselves: ¿Is there or not a single judicial response for each specific case? This work deals with addressing this issue by defending judicial discretion and condemning, on the contrary, the arbitrariness that the use of lawfare would entail.

Keywords: Judicial Power, Lawfare, Only Correct Answer, Human Rights, Rule of Law.

* Para citar/citation: Otero Parga, M. (2025). El poder judicial frente al problema de la única respuesta correcta. El lawfare. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 59, pp. 405-426.

** Universidad de Santiago de Compostela. Facultad de Derecho. Campus Vida, Avenida do Doutor Ángel Jorge Echeverri s/n, 15782 Santiago de Compostela, A Coruña (España). Correo electrónico: milagros.otero@usc.es

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo que ahora se inicia propone una reflexión sobre la labor del poder judicial y su actuación en la actualidad. La división de poderes es un postulado del Estado de Derecho que no concita discusión alguna. Sin embargo, en la actualidad, parece perder fuerza debido a las constantes acusaciones que se le hacen de permitir o incluso actuar en algunos casos, realizando una labor política más que judicial. Es lo que comúnmente se denomina *lawfare*. Se refiere a la politización de la justicia, y se produce cuando el poder judicial, olvidando su obligación constitucional de impartir justicia con imparcialidad, y atendiendo únicamente al imperio de la ley, sentencia teniendo en cuenta urgencias políticas determinadas.

El *lawfare*, para algunos es: “un fenómeno jurídico que se produce cuando el poder político detecta un enemigo al cual pretende menoscabar, y para lograr ese cometido, emplea las instituciones del Estado a fin de conseguir legalidad institucional” (Gándara Pizarro, & Gándara Pizarro, 2022, p. 15).

Para otros, sin embargo: “el fenómeno en estudio no es una guerra jurídica, sino una violación de las leyes y de las más elementales garantías constitucionales. Advierte que en el nombrar hay un fuerte poder. En renombrar también. La lengua española, más rica infinitamente que la inglesa, nos ofrece una oportunidad de llamar a las cosas tal cual son: se trata, se trató, de una persecución mediático-judicial a los opositores” (Zannini, 2020, p. 149).

Sea como fuere, lo cierto es que esta práctica se contrapone a la obligación fundamental del poder judicial, que no es otra que administrar justicia. Obviando esta acusación, este trabajo defiende que la labor judicial en España es impecable, aunque existan sentencias puntuales y jueces concretos que puedan equivocarse. Este problema se agudiza por la imposibilidad de encontrar una única respuesta correcta en cada caso, lo que permite al juez utilizar su discrecionalidad, que no arbitrariedad.

Quiero defender en este escrito que ni existe ni puede existir una única respuesta judicial correcta en los casos judiciales, pues tanto la práctica como la teoría del Derecho demuestran lo contrario. Pero al mismo tiempo afirmo, que no todas las respuestas pueden ser correctas, y, consecuentemente, que es esencial determinar los límites dentro de los cuales la discrecionalidad puede moverse, frente a aquellos otros, que el poder de decisión judicial no debería traspasar, para no convertirse en arbitrario y por lo mismo en profundamente injusto.

En las páginas que vienen a continuación se analizarán estas cuestiones tratando de explicar el problema actual y, sobre todo, buscando una

solución que permita ofrecer alguna respuesta eficaz que explique a la ciudadanía lo que está sucediendo.

Debe ser así, porque los ciudadanos exigen de los poderes del Estado certeza y seguridad. Lo exigen de los legisladores y de los gobernantes, pero quizá, en el momento en el que nos ha tocado vivir, lo necesitan, sobre todo, de los jueces, porque el poder judicial se ha convertido, en nuestro país, en la salvaguarda de la independencia y de la lucha por la democracia y por el Estado de Derecho.

2. LA CUESTIÓN DE LA ÚNICA RESPUESTA JUDICIAL CORRECTA

Es bien sabido que, desde Montesquieu (Montesquieu, Libro XI, cap. IV ss)¹, aunque yo creo que en realidad desde un poco antes, es decir desde Locke (Locke, cap. 12, parag. 144)², está comúnmente aceptada la idea de que un Estado de Derecho debe asegurar la división de poderes. De modo que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial se controlen y se frenen a sí mismos para asegurar la vida democrática.

Estos tres poderes no deben interferir entre sí para evitar una concentración de poder que afectaría al normal funcionamiento de las instituciones.

A pesar de ello, a pesar de que esta es una convicción totalmente aceptada en los Estados modernos, o al menos en la mayoría de ellos, lo cierto es que la percepción social en la actualidad no entiende que esta división sea real, otorgándole más bien la consideración de “papel mojado”, utopía o proyecto irrealizable e irrealizado.

-
1. Según Montesquieu, “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”. Y para conseguirlo, continua el autor: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil... llamaremos a este poder judicial y al otro simplemente poder ejecutivo del Estado”.
 2. Para Locke el poder legislativo, esto es el encargado de redactar las leyes, debe ser el más fuerte y el más importante de cada Estado, pero “dado que las leyes se hacen de una vez y en un tiempo muy breve, pero su fuerza debe ser constante y duradera, precisan de una ejecución perpetua, esto es, de alguien que se ocupe de hacerlas cumplir. Es por ello necesario que exista un poder permanente que mire por la ejecución de las leyes vigentes. De ahí que el poder legislativo y ejecutivo, estén, con frecuencia, separados”. Este autor no habla directamente del poder judicial, pero sí de un tercer poder que denomina federativo que creo que no resultaría difícil convertirlo en uno judicial o al menos en un adelanto de lo que podría llegar a ser.

La sociedad demanda seguridad y certeza, necesita tener confianza en las instituciones y en quienes las detentan; en suma, precisa de orden y transparencia. Los ciudadanos quieren saber qué es aquello que pueden esperar del poder del Estado, pues les guste o no, admitan o no que su respuesta sea la más adecuada para el caso concreto en debate, ésta debe ser, al menos, igual, imparcial y previsible.

Por eso la posible existencia de varias respuestas adecuadas e incluso justas y correctas ante un mismo problema produce intranquilidad, y desasosiego. Esta pluralidad, lejos de considerarse como efecto lógico de la interpretación jurídica o del principio de que “lo que no está expresamente prohibido está permitido”³, se entiende como una falta de seguridad y hasta de seriedad.

Es así porque las posibilidades interpretativas y la discrecionalidad judicial (que desde mi punto de vista no solo debe ser permitida, sino que es esencial para que el poder judicial realice su trabajo de forma seria, equitativa y responsable), no pueden defenderse nunca como arbitrariedad, pues de ser así, nos encontraríamos ante un Estado desordenado, fallido y hasta dictatorial.

Tradicionalmente existen dos posicionamientos claros en lo que se refiere a la defensa o no, de la existencia de una única respuesta judicial correcta.

-
3. Con carácter general y dentro del sistema jurídico español, “se considera permitido todo lo no prohibido”. Este principio, adopta también las formas de similar significado *permissum videtur id omne quod non reperitur prohibitum* y *permissum id esse intellegitur, quod non prohibetur*.

Esta idea, recoge al mismo tiempo el principio de vinculación negativa y el principio de libertad: i.—en el ámbito del derecho administrativo, constituye el denominado principio de vinculación negativa o facultad para hacer lícitamente, sin necesidad de autorización expresa, todo lo no prohibido (STS, 3.^a, 9-VI-1987, rec. 1588/1985) donde la ley es un mero límite externo; ii.—en el ámbito del derecho constitucional opera de forma diferente sobre la actuación de los particulares y sobre la de la Administración pues “el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra, autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinados, y el principio de legalidad (arts. 93 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal” (STC 83/1984, de 24-VII). A esta regla se contraponen su opuesta *quae non sunt permissa prohibita intelliguntur* (“lo que no está permitido, se entiende prohibido”) que recoge el principio de vinculación positiva que actualmente rige en el ordenamiento jurídico español las relaciones entre el poder público y el derecho. Por ese motivo en ocasiones se suscita la duda de si aplicar el principio o su opuesto (STS, 3.^a, 14-II-1979, rec. 441/1978). No es aplicable en materia de indulto (STS, 3.^a, 20-II-2013, rec. 165/2012). <https://dpej.rae.es/lema/permissum-videtur-id-omne-quod-non-prohibetur> consultado el 12.02.2024.

Dichas posiciones fueron defendidas, fundamentalmente por dos grandes juristas: Aulis Aarnio y Ronald Dworkin (Atienza, 2009, pp. 14-26).

El primero de ellos, Aulis Aarnio, sostiene la inexistencia de una única respuesta correcta argumentando, que ésta no debe ni siquiera buscarse, pues no puede encontrarse. Mientras que el segundo, Ronald Dworkin, mantiene, por el contrario, que el ordenamiento jurídico dispone de los mecanismos suficientes para poder encontrar una única respuesta correcta para cada caso.

Cada una de estas posiciones tiene algunas especificidades que conviene recordar, siquiera sea brevemente, teniendo en cuenta el espacio del que disponemos.

Debemos partir de la base de que nuestro sistema jurídico, tiene que otorgar una respuesta final a cada problema en el que se discute sobre la atribución o negación de un derecho. Tiene que hacerlo en cumplimiento del mandato constitucional, de acuerdo con el cual los jueces deben decir qué es lo justo en cada caso concreto⁴. Es así, porque lo contrario, implicaría “denegación de justicia”. Pero la necesidad de que se produzca una respuesta final no lleva implícita la consecuencia de que ésta sea la única, y, desde luego, tampoco, de que tenga que ser correcta.

Esta afirmación produce un cierto asombro, desasosiego y hasta desequilibrio, diría yo. ¿Cómo pueden entender los ciudadanos que confían sus derechos a un sistema jurídico garantista, como es el español, que la satisfacción de sus exigencias “dependa”, en el mejor de los casos, de la interpretación que de las mismas haga el juez que les haya tocado?

¿Cómo es posible aceptar, sin miedo, tal dependencia de la voluntad de quien imparte justicia?

Es correcto matizar, desde el primer momento, que el motivo de disgusto inicial no está del todo justificado. Los jueces deciden, pero no lo hacen arbitrariamente sino de forma ordenada, transparente y con poco margen de dudosa trazabilidad, en la generalidad de las situaciones.

En realidad, en la mayoría de los casos, la decisión judicial supone poco más que la subsunción de las circunstancias concretas de un caso, en la norma general abstracta, igualitaria y justa, aplicable, conocida y reconocida como la legalmente establecida. Pero, aunque esta respuesta puede tranquilizar a muchos ciudadanos, no nos tranquiliza a nosotros, porque

4. Art. 24 de la Constitución Española de 1978 advierte que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

inmediatamente preguntamos. Y ¿qué sucede en los otros casos? ¿Qué sucede en los casos difíciles, en los llamados, *hard cases*?

Lo que sucede es que existen problemas reales, muchas veces de consecuencias muy graves, que no tienen una respuesta pacífica a pesar de que sería necesario que la tuvieran (Aarnio, 1990, p. 23)⁵. Y aquí es donde se centra la exposición que estoy realizando.

2.1. *Aclarando conceptos*

A) *Negación de la existencia de una única respuesta judicial correcta.* *Aulis Aarnio*

Para intentar desenmarañar este problema deberíamos acudir, en primer lugar, al esclarecimiento de los conceptos que estamos manejando y por eso me pregunto: ¿Qué significa una “respuesta correcta”? Y más aún, ¿qué quiere decir una “única respuesta correcta”? El término “única”, no plantea problemas de intelección, pues se puede traducir por exclusiva⁶, pero no sucede lo mismo con la reflexión sobre el significado de “respuesta correcta”.

La palabra “correcta”, según la misma fuente, significa “libre de errores o defectos, conforme a las reglas”. Mientras que, el término “respuesta”, puede explicarse como “satisfacción a una pregunta, duda o dificultad”. De modo que, “respuesta correcta”, sería una contestación, conforme a las reglas, y libre por tanto de errores o defectos.

Esta respuesta es válida en el ámbito coloquial, pero, en el jurídico, el asunto resulta más complicado, y por eso Aarnio distingue entre “respuesta final” y “respuesta correcta”. La primera, la “final”, es una condición nece-

5. Aarnio, ejemplifica esta situación de la siguiente manera: “El texto jurídico L permite cuatro interpretaciones alternativas y no equivalentes I1-I4. Llamémoslas alternativas semánticamente posibles. Estas interpretaciones pueden concordar con el uso ordinario del lenguaje o con una parte especial de éste (“lenguaje técnico”). En principio, estos significados pueden descubrirse recurriendo solamente a los métodos de la interpretación no jurídica. Sin embargo, el intérprete, por ejemplo, el juez, tiene que hacer también una elección entre las alternativas expuestas. Su decisión tiene que ser jurídica. En esta misma elección se usa un patrón de interpretación jurídica establecido. Supongamos ahora que dos de las alternativas semánticamente posibles han sido seleccionadas como jurídicamente posibles”. En el caso en cuestión, un juez puede elegir una de ellas, mientras otro puede elegir la contraria, y ambos jueces habrían elegido una alternativa jurídicamente posible, pero serían distintas.

6. El diccionario de la Real Academia Española define como único/a, en su primera acepción “aquella cosa de la cual o de cuya especie no hay otras”.

saría para cumplir con el mandato constitucional de “decir justicia”. Pero la respuesta final no tiene por qué ser correcta. En realidad, muchas veces no lo es. Entonces, ¿cómo podemos estar seguros de que la respuesta final es la correcta?

Desde esta perspectiva, el significado de “respuesta correcta”, puede entenderse fundamentalmente desde dos acepciones diferentes. Se puede analizar en primer lugar en *sentido fuerte*, como aquella respuesta visible o escondida que se encuentra, siempre, dentro del ordenamiento jurídico y es aplicable a cualquier problema que pueda surgir dentro del ámbito del derecho⁷ (Segura, 2022, p. 168).

De acuerdo con esta posición maximalista, un ordenamiento jurídico bien estructurado y completo debe tener siempre elementos que le permitan proporcionar una respuesta adecuada a cada uno de los problemas que se le plantean. Esta idea comulga en gran medida con la intelección y aceptación de la plenitud del ordenamiento jurídico, además de con otras supuestas características del ordenamiento como la coherencia o incluso la unidad⁸ (Kelsen, 2005, p. 256).

La aceptación de todas estas premisas, que conducirían a un sistema jurídico diseñado como un engranaje perfecto, completo y pleno, corresponde a escuelas jurídica como la de la exégesis, que defendió “la necesidad de encorsetar la ley para hacerla más cierta” (Otero, 2004, 246).

De acuerdo con esta visión, el ordenamiento jurídico se convertiría en una suerte de ciencia matemática en la que las sumas, restas, multiplicaciones, divisiones, o cualquier otra operación daría, en todo caso⁹

7. “El llamado dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico adquiere especial relevancia cuando se inicia el proceso codificador en Europa, a finales del siglo XVIII y principios del XIX. En esta época todos los juristas admitieron que los sistemas elaborados por el legislador eran aptos para dar respuesta a todos los problemas jurídicos que se pudieran plantear en la vida real... La plenitud del ordenamiento jurídico vino a significar primariamente la ausencia de lagunas”.

8. Esta idea comulga con la negación de la existencia de lagunas dentro del ordenamiento jurídico. De acuerdo con esta idea, afirma Kelsen que “el legislador puede verse llevado a hacer uso de una ficción por la conciencia de que la aplicación de la norma general por él establecida puede llevar, en circunstancias no previstas y no previsibles, a un resultado insatisfactorio, recomendándose entonces facultar al tribunal a imponer en esos casos, en lugar de las normas generales que predeterminan el contenido de la sentencia, una norma jurídica individual, producida por el tribunal mismo, que se adecue a las circunstancias no previstas por el legislador”.

9. Frente a esta idea se opuso Geny que pensaba que entender el derecho solo desde el punto de vista de la ley era muy pobre, pues había que interpretar además de la voluntad de la ley, la del legislador, la costumbre, las circunstancias etc. “Afortunadamente, hay que confesarlo, el sentimiento de la justicia y el sentido común protestan contra ello, con tal energía que aún entre los juristas más apegados a la afirmación de sus principios, son

(Gény, 2000, p. 37), en todo momento, y a cualquier persona, un resultado correcto, idéntico y único¹⁰.

Es decir, la respuesta judicial sería absolutamente previsible y peligrosamente sustituible, diría yo, por las máquinas de la inteligencia artificial que ya están llamando a nuestras puertas en muchos sentidos¹¹ (Bourcier, 2003, p. 91).

La *visión fuerte* de la única respuesta correcta ha sido defendida por algunos autores en algún momento de la historia¹² (Ridolfi, 2021, p. 140), pero no es, a mi juicio, la más compartida, pues, además de ser difícil de probar empíricamente hablando, conlleva ciertas dosis de autoritarismo complicadas de defender en la actualidad, al menos con carácter general.

Para limar estas asperezas existe otra visión de la respuesta correcta con carácter *más débil* y por lo mismo más seguida. De acuerdo con esta posición, la respuesta correcta funciona en todo caso como una guía, como una especie de camino que ayuda a localizar la resolución que sin duda existe¹³ (Aarnio, 1990, pp. 24 ss.).

La dificultad que plantea esta versión más débil es, cómo encontrar esta guía, y cómo dejarse guiar por ella. La respuesta a estas cuestiones no está,

pocos los que llevan al último extremo las deducciones estrictamente lógicas”. Y, continúa: “Creo haber dicho bastante para poner al descubierto la estructura y mecanismo del procedimiento constructivo jurídico; forma quizá la parte más característica de nuestro sistema de elaboración del derecho positivo... tal procedimiento no se emplea solo en vivificar la materia jurídica fuera de la esfera propia de los textos legislativos, sino que frecuentemente, interviene como auxiliar indispensable, lo que se ha llamado, interpretación propiamente dicha”.

10. Esta opción parece que ni siquiera funciona con las ciencias matemáticas pues su resultado depende, en gran medida, de la base con la cual se opere.
11. Esta posibilidad es real, aunque pensamos con Broucier que: “las máquinas de pensar no tratan más que de una parte del conocimiento de los juristas, pero lo que, a la interpretación, la íntima convicción o el sentimiento de justicia (se refiere), quedarán como operaciones axiológicas que nunca podrán ser generalizadas en un ordenador”.
12. Muchas de ellos de carácter iusnaturalista en alguna de sus versiones más voluntaristas. Quizá por eso, Giorgio Ridolfi, sostiene que “la mayor crítica que se le puede hacer a Ronald Dworkin es la de ser en última instancia un partidario del Derecho Natural”. Siento diferir del autor italiano, si realmente considera que esa es una crítica, porque ser iusnaturalista es únicamente hacer uso del ejercicio legítimo de una opción de pensamiento.
13. Aulis Aarnio proporciona un análisis distinto de la cuestión de la única respuesta correcta. Según él, “este concepto es ambiguo en sus dos versiones: 1) la fuerte y 2) la débil. La primera de ellas defiende que para cada caso concreto existe una respuesta concreta que además puede ser encontrada. La respuesta está oculta y la habilidad del juez consiste en hacer explícito lo implícito. Desde la perspectiva de la visión débil, existe una única respuesta correcta, pero ésta no puede detectarse siempre. Entre los problemas que plantea esta segunda posibilidad destacan dos: el primero ¿cómo se puede llegar a esta respuesta?, y el segundo, en caso de llegar, ¿es posible estar seguros de haber llegado?”.

a mi juicio resuelta, de modo que la *versión débil*, aunque más aceptable que la fuerte, como casi siempre sucede, plantea problemas de realización práctica que la hacen bastante complicada¹⁴ (León de Ángel, 2020, s/p).

Problemas que Aarnio, defensor de la imposibilidad de la existencia de una única respuesta judicial correcta, pone de manifiesto. En efecto, el mismo autor se da cuenta de la fortaleza de su posición, y de la posibilidad de convencer a los que todavía no comulgan con ella, y, por lo mismo un año más tarde, esto es, en 1991, añade una tercera pregunta o inconveniente para desarmar la posición contraria, en el intento de ser todavía más convincente. A través de ella afirma que, en *sentido débil*, la respuesta correcta es un ideal que nunca puede ser alcanzado pero que constituye el objetivo regulativo de toda interpretación jurídica (Aarnio, 1991, pp. 210 ss.).

Sea como fuere, y aun utilizando esta tercera visión dulcificada de la respuesta más débil, los partidarios de esta primera forma de pensamiento defienden la imposibilidad de la existencia de una única respuesta correcta, bien porque en realidad no exista, o bien porque en caso de que existiera sería difícil de localizar y de identificar, lo cual en el fondo viene a ser lo mismo que su ausencia.

B) Afirmación de la existencia de una única respuesta judicial correcta. Ronald Dworkin

Junto a esta teoría existe otra que defiende que el ordenamiento jurídico tiene la posibilidad de encontrar, no solo una respuesta para cada caso que se presente al jurista en demanda de justicia, sino que, además, esa respuesta sea la correcta.

El principal defensor de esta teoría es Ronald Dworkin. Su posición comienza por afirmar y afianzar la necesidad de que el juez imparta justicia en todo caso. Es decir, que decida lo justo de cada uno, en cada situación concreta. Esto es así, porque aun cuando no exista ninguna norma adecuada que pueda resolver el caso en litigio, es posible, dice Dworkin, que una de las partes “tenga derecho a ganarlo”, y, por lo mismo, es obligación del juez, otorgar justicia, concediéndoselo¹⁵ (Dworkin, 1999, pp. 146-147).

14. Es así porque como dice Rafael de León del Ángel: “si se postula que existen respuestas correctas en el derecho, entonces se debe saber cómo se arriba a dicha conclusión con certeza y cuáles son los pasos para obtenerlas”.

15. Pues “no deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos... los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas”.

Esta concesión no plantea problemas en muchos casos pues el juez tiene elementos legales, normas suficientes, para poder resolver adaptando la normativa general, al caso concreto. Con ello cumple, no solo con su obligación de impartir justicia, sino que, además, lo hace respetando el valor de igualdad, que la propia Constitución ha convertido en principio y este a su vez en normas de aplicación directa.

Pero, nos preguntamos, ¿qué hacer en el caso de que no exista una norma concreta que resuelva el litigio en el que nos encontramos? ¿Qué sucede, en suma, cuando no se puede realizar el ejercicio lógico de subsunción de una conducta concreta en una norma preestablecida? En ese caso, afirma Dworkin, el juez debe decidir de acuerdo con su “discreción” (Dworkin, 1999, p. 146). Y para ello debe apoyarse en argumentos. Pero, seguimos indagando, ¿en qué tipo de argumentos?

El mismo autor nos responde diciendo que estos pueden ser de dos tipos; de principios o políticos. “Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo” (Dworkin, 1999, p. 148). Este tipo de argumentos “se proponen establecer un objetivo colectivo” (Dworkin, 1999, p. 158).

Los argumentos de principio, por su parte, “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual, o del grupo” (Dworkin, 1999, p. 158). Su finalidad es “establecer un derecho individual” (Dworkin, 1999, p. 158).

Ambos tipos de argumentos son aceptables y posibles (Dworkin, 1999, p. 148)¹⁶, aunque Dworkin propone que “aún en los casos difíciles, las decisiones judiciales son y deben ser, de manera característica, generadas por principios y no por directrices políticas” (Dworkin, 1999, p. 150).

En cualquier caso, dice Dworkin, “los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones (y) no deben hacer leyes nuevas... porque los jueces ni son, ni deben ser legisladores” (Dworkin, 1999, pp. 147-148).

Sin embargo, en algunos casos, los llamados *hard cases* o casos difíciles, el juez no encontrará esa norma aplicable, o incluso si la encuentra, no la considerará adecuada. Se encontraría entonces, ante una laguna real o incluso axiológica (Segura, 2022, p. 231)¹⁷.

16. De hecho y según el mismo autor, “la justificación de un programa legislativo de cierta complejidad exigirá por lo común ambas clases de argumentos”.

17. “Las lagunas axiológicas, críticas o ideológicas se producen no en el sentido de ausencia de regulación, de falta de una norma, sino asignándoles la significación de falta de una norma adecuada, justa o conveniente, pero también es cierto que esto no sucede siempre,

¿Qué hacer en ese caso? Dworkin dice que el juez, en uso de su discrecionalidad, debe encontrar dentro del propio ordenamiento e incluso fuera de él, usando de las demás fuentes del derecho, la respuesta correcta, porque siempre puede haberla. Eso sí, lo hará sin crear una norma nueva (Dworkin, 1999, p. 175)¹⁸.

Para conseguir esa finalidad Dworkin inventa al que él llama juez Hércules que debe tener, como puede deducirse, unas facultades verdaderamente asombrosas (Dworkin, 1999, p. 177)¹⁹. Con esta pretensión y esta respuesta, acudiendo a la “inventiva”, podemos observar, a mi juicio ya, la fragilidad de su teoría, al menos en el aspecto de la eficacia.

Cuando así se manifiesta, y según Ridolfi, “Dworkin no piensa que la solución de las controversias tiene que deducirse lógicamente del material jurídico disponible... en su opinión dichas soluciones pueden ser solamente construcciones argumentativas realizadas a partir de este material. Esto porque, como demuestran los llamados casos difíciles, *hard cases*, el Derecho positivo deja fuera de sí innumerables asuntos que *prima facie* no pueden encontrar una solución” (Ridolfi, 2021, p. 142).

En realidad, la decisión concreta es siempre el resultado de la interpretación judicial que se realiza a partir de los elementos dados por las leyes. Las leyes juegan un papel muy importante en las sentencias de los jueces, pero hay otros elementos que deben ser tenidos en cuenta como el entorno de tradiciones y prácticas jurídicas, y desde luego, la moralidad, la cultura, procesos económicos etc. Todo ello constituye, como el mismo Dworkin reconoce, un entramado complejo pues, “cualquier conjunto de leyes y decisiones puede ser explicado histórica, psicológica o sociológicamente, pero la coherencia exige una justificación, no una explicación, y la justificación debe ser plausible y no ficticia” (Dworkin, 1999, p. 194).

Surge así la presencia de otros elementos como los valores, que, en suma, juegan una baza fundamental. Todos ellos deben observarse, según Dworkin, con carácter general y nunca como intromisiones de otros poderes, sustancialmente del ejecutivo, en las decisiones del poder judicial. Esos valores deben tener un contenido tradicional e histórico y no pueden, en

y, en cualquier caso, si se procede de este modo resulta claro que se trata de una incorrecta utilización del término laguna”.

18. Si nos encontramos ante un caso difícil dice Dworkin “la decisión ha de estar referida a los derechos de las partes, la razón de un árbitro para emitir ese juicio debe ser tal que justifique que se reconozca o se niegue un derecho”.
19. “Por consiguiente haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos.... Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules”.

ningún caso, ser el resultado de una necesidad perentoria y urgente, generalmente de carácter político.

Creo que Dworkin confía demasiado en los valores, cosa en la que coincido con él, pero que la realidad parece empeñarse en desmentir²⁰.

Y creo también que desde esta perspectiva es evidente la necesidad de crear un juez Hércules, pues ningún otro tipo de juez tendría, en principio, la capacidad para almacenar dentro de sí tal cantidad de información²¹. Pero al mismo tiempo creo que desgraciadamente el juez Hércules es una ficción, un super hombre o incluso un super héroe que no existe. Los jueces son personas, seres humanos, eso sí, especialmente preparadas, pero tienen, como todos, sus aciertos y sus fallos. Y suponer que la realización de la justicia puede encomendarse únicamente a ellos, es, a mi juicio, muy arriesgado.

3. EL LAWFARE

Así las cosas, parece que Dworkin defiende que puede encontrarse una única respuesta judicial correcta basándose, entre otras cosas, en argumentos políticos, aunque efectivamente y como vimos, él prefiere utilizar los argumentos de principios.

Pero, nos preguntamos, ¿podría entenderse esta afirmación como algo parecido al ahora conocido como lawfare? ¿Podríamos aceptar la “instrumentalización de la justicia”, como una consecuencia lógica del funcionamiento de ésta, y de la necesidad de encontrar una única respuesta correcta para cada conflicto de derechos? Pensemos que, si el juzgador en la búsqueda de la respuesta correcta además de la ley y de las demás fuentes

20. Nos gustaría tender a la realización del derecho justo al estilo de lo que pedía Sergio Cotta (2000, p. 106) cuando reflexionaba de esta manera: “es lícito preguntarse si la justicia se satisface íntegramente en su plenitud conceptual y como aspiración sentida por todos los hombres, con el comportamiento conforme a la ley, o en otros términos si la justicia se reduce a la legalidad formal. Realmente parece que hay que responder que no, porque lo que más importa al hombre es la justicia de la ley que, por otra parte, también desde un punto de vista lógico, constituye una cuestión previa y fundamental. Muy pobre y menguada sería una justicia que consistiese en observar escrupulosamente una ley injusta; incluso se le podría negar su carácter de justicia”.

21. Con esta teoría, nos podríamos adentrar peligrosamente, dentro de la posibilidad ya imaginada por Turing: “La teoría de Turing trataba, en resumen, de averiguar si una máquina podía ser inteligente o no, y para ello planteaban una pregunta jurídica a un ordenador con el fin de averiguar si la máquina podía dar la misma respuesta que un agente humano” (Otero Parga, 2023, p. 44). Sin duda un ordenador es capaz de almacenar muchos más datos que la mente humana y desde luego de combinarlos entre sí, pero a mi juicio, no es esa la única tarea de un juez.

del derecho debe tener en cuenta argumentos como la necesidad política etc., la respuesta positiva a nuestra pregunta podría producirse. Yo creo que esta solución es sin duda posible pero no legítima²².

A mi juicio, a la hora de juzgar, el juez debe tener en cuenta la ley. Asimismo, puede usar del resto de las fuentes del derecho como son la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la tradición, la costumbre, etc.²³

Tenemos, además, el auxilio del derecho internacional de la Unión Europea. Pero todos esos elementos juegan, creo, más bien como límites externos. Restricciones que no deben permitir cualquier tipo de respuesta en la adjudicación o negación de derechos²⁴.

Al lado de estos límites externos y para reforzar su función, existen límites internos. ¿Cuáles son? Pues yo creo que son los valores y los principios sobre los que se asienta el Derecho. Valores y principios que a veces se convierten en normas y otras no, pero que deben estar ahí, funcionando como el faro guía de “decir la justicia”, de dar a cada uno lo suyo, especialmente cuando hay una colisión de derechos entre bienes escasos (Otero Parga, & Puy Muñoz, 2012, p. 30)²⁵.

Entiendo que a esta opinión se podría objetar que, al no estar positivizados, esos valores son “opinables” y dependen, en todo caso, de la sociedad a la que nos refiramos, de la cultura a la que pertenezcamos, y del momento en que se invoquen. Todas esas variantes arrojan un saldo importante de inseguridad y falta de certeza ¿Qué podemos hacer entonces? ¿Debemos abogar por un derecho estrictamente formal, totalmente legalizado y

22. Establezco esta diferenciación sobre la base de que lo legal es lo que está permitido por la ley, mientras que lo legítimo es lo permitido por la justicia. Estos dos conceptos a veces coinciden y es muy bueno que así sea; pero en otros casos no coinciden y es ahí donde debemos decidir si debe prevalecer la ley o la justicia. O sí, en todo caso, debe modificarse la ley.

23. El sistema de fuentes por el que se rige un ordenamiento jurídico lejos de ser un problema menos se manifiesta como de gran importancia en la práctica jurídica pues su estudio, “es una de las formas más claras de comprender el régimen político de un país, ya que dicho sistema viene a reflejar, por un lado, las relaciones entre las distintas fuerzas sociales políticamente organizadas y, por otro, el equilibrio entre los diversos órganos con capacidad normativa” (Marín Castán, 1999, p. 358).

24. Los problemas derivados del lawfare han sido “relativamente” frecuentes en la América latina, de manera que han sido estudiados: (Tirado Sánchez, 2021) y (Romano, 2019).

25. “El iusnaturalismo ha construido así a lo largo de los siglos una jurisprudencia muy hábil para solucionar los problemas-conflictos jurídicos percibidos como vitales; los problemas jurídicos considerados más difíciles, porque en ellos parece fallar la lógica racional, acudiendo a la lógica de lo razonable, que conjuga con los argumentos lógicos puros, otros argumentos éticos, políticos, económicos, sociales y estéticos o culturales”. (Otero Parga, & Puy Muñoz, 2012, p. 30).

mecanizado y carente de equidad entendida como individualización de la justicia? O ¿debemos, por el contrario, permitir que el juez sea aplicador y a la vez creador del derecho?

Una respuesta rápida a estas preguntas podría conducirnos a la apuesta a favor del *consenso*²⁶. A través de él, se podrían determinar los *mínimos aceptables* por ambas partes en conflicto y llegar a una respuesta que pudiera ser “correcta para todos” o, al menos, no muy incorrecta para ninguno.

Pero, nos seguimos preguntando todavía, ¿qué debemos hacer en el caso de que esto no sea posible? ¿Qué podemos hacer cuando el nivel de desacuerdo valorativo impida la consecución de un mínimo grado de consenso? O incluso ¿qué hacer cuando parece que se puede llegar a un consenso, pero su contenido, no parece responder a unos estándares de justicia medianamente aceptables?

Con todos estos inconvenientes, resulta claro que, en algunos casos, no existe la posibilidad de una única respuesta correcta, ni siquiera ayudándonos de un hipotético consenso. Pero, debemos insistir, ¿no tiene un límite la defensa de esta realidad? ¿Pueden existir tantas respuestas supuestamente correctas como jueces capacitados para decirlas, y cuya esencia de corrección se base únicamente en el hecho de que han sido pronunciadas por un juez en un juicio?

Creo que no, de la misma manera que lo cree Wroblewski (Wroblewski, 1985, p. 89). Él afirma que las respuestas judiciales deben tener un límite. En defensa de su decisión, argumenta que puede haber distintas respuestas correctas y de hecho existen, pero todas ellas deberían poder ser defendibles en cuanto a su adecuación con la ley.

El juez polaco, nacido en 1926 perfilaba su respuesta diciendo que la decisión legal puede estar justificada desde dos ámbitos distintos: 1) un ámbito interno, cuando se explicitan las razones y 2) un ámbito externo cuando éstas se basan en buenas razones aceptadas por la crítica. De modo que la necesidad de justificación (que no se debe confundir con la descripción del proceso), depende de la ley, si especifica, en qué preceptos se fundamenta la respuesta y qué argumentos legales fueron utilizados para llegar a ella; y/o en la costumbre, cuando se explicita cuáles fueron los usos aceptados en la práctica jurídica; y/o en la doctrina si se expone cual fue la doctrina jurídica que dio lugar a la respuesta concreta (Wroblewski, 1985, pp. 59 ss.).

26. La posibilidad de buscarlo aparece bien tratada por Pedro Rivas (Rivas, 2003, p. 19).

Podríamos entender entonces que es posible encontrar una respuesta correcta, o al menos no incorrecta, basándonos en algún elemento más que la ley. De esta opinión es Robert Alexy que afirma que se puede poner fin a una disputa jurídica atendiendo al menos a estas cuatro variantes: 1) a la vaguedad del lenguaje, 2) a la posibilidad de encontrar conflictos de normas aplicables, 3) al hecho de que aparezcan casos que precisen una regulación jurídica para la cual no existe una norma vigente y 4) a la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales (Alexy, 2008, pp. 23-24).

En estos cuatro casos al menos, el juez podría eludir la respuesta al no poder proporcionar una, y sólo una, de clara aplicación al caso en debate. Si a pesar de ello, el juez no pudiera escudarse en la imposibilidad de decidir, dispondría, según Alexy, de algunos criterios de ayuda.

Nos preguntamos: ¿qué criterios pueden ser estos? El mismo autor responde exponiendo los siguientes: 1) valores de la colectividad o de círculos determinados de la sociedad, 2) sistema interno o sentido total del ordenamiento jurídico, y 3) orden valorativo objetivo o incluso enunciados de derecho natural (Alexy, 1989, p. 32).

Nos movemos siempre en torno al mismo círculo que no nos tranquiliza. Efectivamente existen criterios que pueden ayudar a un juez a alcanzar una solución a un caso difícil en ausencia de ley, o yo diría más bien cuando sí la hay, pero ésta no es la adecuada. Nos movemos en torno, de nuevo, al problema de las lagunas de la ley y de la manera de colmarlas.

El asunto se plantea de la siguiente manera: existe un problema real que se debe resolver y unas personas, los jueces, que tienen que dar una respuesta justa a cada una de las demandas que la sociedad les plantea. Esta respuesta no puede ser, cualesquiera, sino una, justa y legal. Cuando ambos parámetros caminan juntos, la respuesta es sencilla, aunque sea dura o incluso contestada. Pero, en muchos casos, el juez no tiene respuesta que dar, o no tiene, basamento legal para darla.

Y ni siquiera en estos casos, o yo diría más, precisamente en estos casos, no puede inhibirse. Algunos autores como Carlos Santiago Nino acuden entonces al llamado “discurso moral” como guía, pero ellos mismos se dan cuenta de que no existe tampoco un “discurso moral universal” de modo que al final el problema que tenemos planteado es el mismo²⁷.

27. Claro ejemplo de esta realidad lo tenemos en el reciente debate sobre la posibilidad o no de la ley de amnistía en España, su alcance y objetivos. Este problema que a mi juicio ha dejado de ser sólo jurídico, para convertirse fundamentalmente en político, tiene dividida a la población jurídica y a la que no tiene conocimientos de derecho. En este sentido es muy interesante el libro de reciente publicación titulado, *La amnistía en España* (VV.AA.

¿Pueden los jueces, que tienen obligación de decidir y no saben cómo hacerlo, o ven distintas posibilidades de respuesta, decidir libremente? Salguero por ejemplo advierte que no, pues “quedan limitados por la exigencia de exhibir garantías jurídicas (tampoco necesariamente las únicas posibles) de lo que deciden” (Salguero, 2002, p. 201).

Se trata, en suma, de decidir, pero esa decisión debe basarse en las leyes y en otros parámetros, de modo que es, en gran medida subjetiva y discrecional.

Quizá el problema esté entonces en valorar y decidir ¿qué grado de discrecionalidad puede tener esta decisión?

Y es que, llegados a este punto, y aunque como ya hemos señalado existen escuelas jurídicas que defienden la existencia de una única respuesta correcta, lo cierto es que en la actualidad la gran mayoría de la doctrina, de forma fuerte o débil, entiende que esto no es así, pues no puede serlo. La experiencia cotidiana así lo muestra.

Kelsen, por ejemplo, y a pesar de ser positivista y por lo mismo muy legalista, da buena muestra de ello, al entender que la búsqueda de una única y objetiva solución es simplemente contradictoria, porque de poder producirse una respuesta de este modo, no sólo limitaría, sino que en realidad imposibilitaría la propia interpretación judicial.

Para fortalecer su posición, el autor austríaco afirmaba que “la idea básica de la teoría tradicional de la interpretación según la cual, mediante un acto de conocimiento del derecho ya existente, podría deducirse la determinación (no suministrada por la norma superior aplicable) del acto jurídico que precisa realizar, es una idea contradictoria, pues constituye una ilusión que choca con el supuesto de la posibilidad misma de toda interpretación” (Kelsen, 1933, p. 63).

En realidad, Kelsen estaba convencido de que el ordenamiento legal no puede proporcionar una sola respuesta justa o correcta. Las leyes pueden y deben dar una solución posible, pero nunca un único resultado, y menos aún siempre, e indefectiblemente, justo.

Seguimos con una terrible incertidumbre que tampoco aclara Perelman, cuando afirma que, si el razonamiento del juez se debe esforzar por llegar a una solución que sea equitativa, razonable y ejemplar, con independencia de su estricta conformidad con las normas jurídicas positivas, es esencial poder responder a esta pregunta: “¿por qué procedimientos inte-

2024). En esta obra casi 80 juristas y personajes de reconocido prestigio jurídico, aportan su visión sobre el problema, defendiendo, con argumentos nacionales y europeos, la falta de legalidad y legitimidad de esta medida de gracia en este momento.

lectuales llega el juez a considerar una decisión como equitativa, razonable o ejemplar cuando se trata de nociones eminentemente controvertidas”? (Perelman, 1979, p. 136).

¿Cómo puede hacer esto? ¿Cómo puede el juez llegar a esa solución y además de forma única y justa? E incluso, aunque pudiera hacerlo, nos preguntaríamos: ¿es esa su función?

Perelman responde a la primera pregunta diciendo que, para encontrar una respuesta razonable y equitativa, el juez debe atender al espíritu del legislador y no únicamente al de la ley escrita, esforzándose sobre todo por adaptar la ley, que puede ser antigua, a la situación actual (Perelman, 1979, p. 199).

De modo tal que podemos entender que la actividad judicial se desarrolla hoy en día dentro de unos márgenes de actuación relativamente amplios.

Ante esta situación nos preguntamos de nuevo: ¿Debe ser así? ¿Debe tener el poder judicial un margen tan amplio de actuación? ¿Debe poder decidir hasta arriesgarse a ser acusado de lawfare? Después de haber analizado la posición de algunos importantes juristas que conforman la doctrina jurídica, tanto desde la vertiente iusnaturalista como desde la opción iuspositivista, creo que la respuesta es que los jueces deben tener discrecionalidad a la hora de juzgar, pero nunca podrían justificar una actuación arbitraria.

Esta convicción se fundamenta en primer lugar en la necesidad. Los jueces, deben tener discrecionalidad porque no es posible ni real que no la tengan (Andruet, 2003, pp. 35 ss)²⁸. El poder judicial debe impartir justicia pues tiene ese mandato constitucional. Debe hacerlo de forma imparcial y de acuerdo con las leyes. Pero en su labor, se va a encontrar con situaciones que escapan del control legal, o al menos no se ciñen estrictamente a la previsión que hasta las más amplias leyes podrían haber pensado con antelación. En esos casos, los llamados *hard cases*, los jueces tienen que decidir, de la misma manera que lo hacen en los más fáciles. Y para ello deben tener unos mecanismos que les ayuden a hacerlo.

Es cierto que el poder judicial debe tener contrapesos que eviten la arbitrariedad. Pero, al mismo tiempo, los jueces deben tener pesos a través de los cuales poder ejercitar su autoridad y su potestad. Y deben utilizarlos sin miedo, con responsabilidad y con conciencia de cuál es su trabajo, para resolver lo que es suyo de cada uno, en cada uno de los casos controvertidos.

28. Y, en función de ella, los jueces emitirán y así debe ser, distintas respuestas correctas para un mismo caso siempre que utilicen una argumentación adecuada y sostenible.

Estamos en una sociedad y en un momento jurídico, en el que vivimos con un derecho en movimiento y plural que, en muchos casos, persigue la equidad por encima incluso de la propia justicia. Por eso son asumibles distintas respuestas ante un problema legal, “siempre que éstas sean debidamente motivadas, legalmente justificadas, razonablemente fundadas, coherentes con el ordenamiento y respetuosas de los valores que imperan en la sociedad” (Otero, 2004, p. 261).

¿Qué quiere decir esto? Debemos afinar todavía más. Lo que quiero defender es que el mandato que recibe de la sociedad, el juez español actual es el de administrar justicia en nombre del rey. El art 117 de la Constitución Española de 1978 así lo afirma pues, la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados. Jueces y magistrados que deben tener muy clara su función y prepararse concienzudamente para ejercerla.

Un juez, un auténtico juez, debe ser consciente de que su trabajo entraña una grandísima responsabilidad. Tanta, que en la actualidad son ellos, los jueces y magistrados, posiblemente los garantes más expuestos de la defensa del Estado de Derecho. Por eso, su conocimiento de lo que es justo en cada caso, debe traspasar los simples esquemas legales, insuficientes en tantos casos, y adentrarse en el mundo de la protección de los valores, tantas veces convertidos en principios y algunos de ellos sin respaldo en normas.

Ese es el verdadero problema real que surge. La necesaria protección de valores que a veces no llevan normas exactamente aplicables al caso concreto.

La opción no es inhibirse. Es preciso resolver. Pero ¿cómo hacerlo?

En la actualidad el poder judicial está siendo duramente atacado, posiblemente por ser un reducto, al menos en parte, de la legitimidad, que no únicamente legalidad, del sistema jurídico.

Se le acusa fundamentalmente de lo que se ha llamado *lawfare*, entendido como “una aplicación torcida del Derecho. Esto no significa que se pase por encima de la ley, sino que se recurre a ella de manera parcial, interpretando los preceptos legales de forma interesada, en ocasiones con excesiva literalidad, o con una literalidad que no se emplea en todos los casos, y siempre con una intencionalidad política última”²⁹.

29. <https://elpais.com/opinion/2023-12-12/el-lawfare-existe-hablemos-de-el.html>.

Algún partido político ha denunciado públicamente³⁰ que esta práctica, esta posibilidad, no solo³¹ existe, sino que es utilizada. Los jueces y tribunales desde luego lo niegan y advierten de su preocupación por dicha acusación, especialmente en lo que pueda significar de quiebra de la independencia judicial, de socavamiento de la confianza de las personas en las instituciones del Estado y de desconocimiento del principio de división de poderes.

Sin embargo, algunos sectores de la sociedad siguen afirmando su existencia ¿Quiénes lo hacen? Por ejemplo, algunos políticos que defienden que, “el uso estratégico de las leyes para perjudicar a disidentes o rivales políticos no busca hacer justicia sino conseguir, por medios inaceptables en democracia, efectos políticos a través del poder judicial”.

Quienes esto manifiestan, quizá deberían analizar si no es justamente al revés. Si en la actualidad no se está produciendo en España un intento de “amordazar” al poder judicial para hacerlo insensible a las demandas de la justicia³².

En realidad, pienso que quienes están haciendo un uso espurio de las leyes, de la palabra dada, de las promesas electorales nunca cumplidas, de la vulneración de la igualdad ante la ley, del elemental sentido de la justicia, del respeto por las sentencias judiciales, de la adecuada administración del perdón, son precisamente quienes atacan a muchos jueces, acusándolos de actuar con la única arma que en realidad puede proteger verdaderamente a la democracia y al Estado de Derecho.

La autoridad es una cosa diferente de la potestad y sería bueno que ambas confluyesen en los poderes del Estado, especialmente en el ejecutivo.

Creo que no podemos olvidar los valores jurídicos que rigen nuestra convivencia. Creo que no vale todo ni es justificable cualquier tipo de conducta basándose en la fuerza de supuestas mayorías que darían sustento

30. Miriam Nogueras, actual diputada del partido Junts per Catalunya, en una intervenció en el Congrés de los Diputados en diciembre de 2023, exigió una Comisión de investigación para estudiar la intervención judicial en la llamada “operación Cataluña”, basada en la supuesta existencia de lo que llamó “magistrados indecentes que deberían ser cesados y juzgados”.

31. El término lawfare fusiona las palabras “ley” y “guerra”, y hace referencia al uso estratégico de las leyes para perjudicar a los rivales políticos.

32. El poder judicial está siendo duramente atacado. No puedo coincidir en absoluto con todas las críticas recibidas a consecuencia de la ST 14 de octubre de 2019, la conocida como ST del Procés de la que algunos autores llegaron a decir: “desde el punto de vista de los derechos fundamentales esta resolución, que pone fin al primero de los episodios de un largo lawfare, es una resolución que se convierte en la prueba de la existencia de una razón de Estado que reclama ser defendida sin reparar en daños” (Del Clot, 2022, p. 213).

a la democracia³³. Entender esto, mejoraría a mi juicio el estado de salud democrático actual.

4. CONCLUSIONES

Llegados a este punto es preciso concluir. El problema que nos preocupaba en este trabajo puede resumirse de la siguiente manera: ¿Existe una única respuesta judicial correcta para cada caso? Nuestra respuesta, es negativa. No existe. Muy al contrario, los jueces tienen discrecionalidad a la hora de aplicar las leyes en sus sentencias, y esta posibilidad es a nuestro juicio buena, siempre que se vea constreñida tanto por límites internos como externos, que le impidan llegar a la arbitrariedad.

No debemos olvidar que los pueblos se rigen por unas leyes previamente basadas en valores convertidos en principios, que mandan o prohíben las conductas en general. Dichas leyes son elaboradas por el poder legislativo, aplicadas por el judicial y respaldadas por el poder ejecutivo. Cada uno de estos poderes actúa como contrapeso de los otros y como garante de la justicia.

Pero cada uno de estos poderes debe ser consciente de su función y de los valores últimos a los que tiene que estar sometido.

Teniendo en cuenta esta realidad nos preguntamos también ¿puede la discrecionalidad judicial llegar a un punto que admita el *lawfare*? La respuesta es de nuevo negativa.

Sin duda, en todo el marco judicial que hemos presentado, la política juega un papel importante, pero debe recuperar el lugar y la función que le corresponde y con la que nació. Papel que la sitúa como garante del cuidado de la Polis, de la ciudad, entendida en sentido amplio.

La política debe volver a ser una ocupación digna y no un mercado de poder en el que todo sirve para obtener el fin deseado. La política está al servicio del pueblo, de su bienestar. Y por lo tanto debe proteger el bien común y asegurar una paz duradera cimentada sobre la realización de la justicia.

Pero la política no es un cajón de sastre en el que puedan caber todas las apetencias. Debe, por el contrario, respetar unas reglas y regirse por unos principios de actuación y convivencia.

33. “Las cuatro asociaciones entienden que el monarca ha hecho un llamamiento a la clase política y lamentan que la legitimidad del Poder Judicial sea “una de las monedas a pagar” ante el juego político actual”, <https://www.vozpopuli.com/espana/jueces-mensaje-rey-ataques-lawfare-papel-institucional.html>, consultado el 16.02.2024.

En este intento los jueces tienen en la actualidad un papel muy importante que desempeñar. Y por eso, deben hacer todavía un trabajo más serio, más reflexivo, más ecuaníme, más equitativo, en el cual tengan en cuenta, a la hora de decidir, cuál es el bien que persigue la sociedad y cuáles las necesidades legítimas que acredita.

En esta labor sin duda no van a coincidir en su diagnóstico, es lógico que así sea, pero su respuesta debe ser legal, argumentada, trazable, responsable y sobre todo justa. Y no se debe dejar influir por el llamado *lawfare* pues, se le llame como se prefiera hacerlo, no es ni más ni menos que una “instrumentalización de la justicia”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del ordenamiento jurídico, *Doxa*, 8, pp. 23-38.
- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andruet, A. (2003). *La argumentación jurídica y el silogismo forense en el siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba (Argentina): Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Atienza, M. (2009). Sobre la única respuesta correcta, *jurid. Manizales* (Colombia), 6 (2).
- Bourcier, D. (2003). *Inteligencia artificial y derecho*. Barcelona: Editorial UOC.
- Cotta, S. (2000). ¿Qué es el Derecho?, Madrid: Rialp.
- Del Clot, D. (2022). *Lawfare; la estrategia de represión contra el independentismo catalán*, Madrid: Los libros de la catarata. <https://elibro-net.ezbusc.usc.gal/es/lc/busc/titulos/233336>
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Gándara Pizarro J. H. & Gándara Pizarro, F. H. (2022). Lawfare. *Eumonia*, 22, pp. 267-287.
- Gény, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en el derecho positivo*. Granada: Comares.
- Kelsen, H. (1933). *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del Derecho*. 14.ª ed., México: Ed. Porrúa.
- León del Ángel, R. de. (2020). La tesis de la única respuesta correcta como idea regulativa; reflexiones hacia una ética jurídica kantiana, *Bloc del Centro de Estudios Constitucionales*, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-tesis-de-la-unica-respuesta-correcta-como-idea-regulativa-reflexiones-hacia-una-etica>.

- Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Espasa Calpe.
- Marín Castán, M.^a L. (1999). La teoría de las fuentes en la cultura jurídica en F. Puy y otros. *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Colex.
- Montesquieu, Ch. (1987). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Otero Parga, M. (2004). La cuestión de la única respuesta judicial correcta. *Ars Iuris*, 3, pp. 235-271.
- Otero Parga, M. y Puy Muñoz, F. (2012). *Jurisprudencia Dialéctica*. Madrid: Tecnos.
- Otero Parga, M. (2023). ¿Puede la inteligencia artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 57, pp. 39-71.
- Perelman, Ch. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- Ridolfi, G. (2021). La tesis de la única respuesta correcta en Ronald Dworkin. *Derechos y libertades*, 44, II, pp. 137-166.
- Rivas P. (2003). La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio. En *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares.
- Romano, S. (2019). *Lawfare*. Sevilla: Ed. Mármol-Izquierdo.
- Salguero, M. (2001). *Argumentación jurídica por analogía*. Barcelona: Pons.
- Segura Ortega, M. (2022). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Ramón Areces.
- Tirado Sánchez, A. (2019). *El lawfare: golpes de Estado en nombre de la ley*. Madrid: Akal.
- VV. AA. (2024). *La amnistía en España*. Madrid: Colex.
- Wróblewski, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Zannini, C. A. (2020). Por qué no deberíamos hablar de “lawfare”. *Derechos en acción*, 16, pp. 191-204.