

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE FILOSOFÍA

MÁSTER EN ESTUDIOS AVANZADOS EN FILOSOFÍA

Trabajo de investigación

El papel del Juicio en la comprensión
kantiana del derecho

Estudio del problema de la aplicación en el ámbito
jurídico

Marcos González García

Tutor: Profa. Dra. María José Callejo Hernanz

Madrid, septiembre de 2022

Índice de abreviaturas*

Obras de Immanuel Kant

KrV	<i>Crítica de la Razón Pura</i>
WiA	<i>Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?</i>
GMS	<i>Fundamentación para una metafísica de las costumbres</i>
KpV	<i>Crítica de la Razón Práctica</i>
KU	<i>Crítica del Juicio</i>
TuP	<i>En torno al tópico: «Eso vale para la teoría, pero no sirve para la práctica»</i>
ZeF	<i>La paz perpetua</i>
MdSI	<i>Principios metafísicos de la doctrina del derecho</i>
SdF	<i>El conflicto de las facultades</i>
ApH	<i>Antropología en sentido pragmático</i>

Obras de Carl Schmitt

GuU	<i>Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial</i>
TP	<i>Teología Política</i>
BP	<i>El concepto de lo político</i>
HdV	<i>El defensor de la Constitución</i>
ArD	<i>Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica</i>

Obras de otros autores

EdL	Montesquieu – <i>Del espíritu de las leyes</i>
RR	Hans Kelsen – <i>Teoría Pura del Derecho</i>
HdVs	Hans Kelsen – <i>¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?</i>
CoL	Herbert Hart – <i>El concepto de derecho</i>

* Las obras de Kant se citan siguiendo la Edición de la Academia Alemana, colocando en nota a pie de página la abreviatura de la obra, seguida de «Ak.», del volumen en el que se ubique la obra en cuestión (en números romanos) y de la página (en arábigos), a excepción de la *Crítica de la Razón Pura*, que se cita según la paginación canónica de las dos primeras ediciones (A y B, respectivamente).

Índice de contenidos

Introducción.....	1
1. Planteamiento de la cuestión	6
1.1. Primera delimitación: la aplicación	6
1.2. Segunda delimitación: el derecho	8
1.3. Marco general: <i>el problema de la aplicación en el derecho</i>	13
2. Reconstrucción del <i>problema de la aplicación</i> en el derecho. Kant y Schmitt frente a los postulados de la «doctrina tradicional».....	17
2.1. La doctrina tradicional acerca de la actividad judicial.....	18
2.2. El <i>problema de la aplicación</i> en el derecho en los textos kantianos	20
2.3. Carl Schmitt ante el <i>problema de la aplicación</i>	25
3. ¿Escapar del <i>problema de la aplicación</i> ? El criterio de corrección del Juicio en Kant y Schmitt.....	31
3.1. La corrección del Juicio en Kant: de la naturalización al <i>sensus communis</i>	32
3.2. La corrección de la decisión judicial en Schmitt: la apelación al «otro juez»	37
4. Conclusiones.....	40
5. Referencias bibliográficas.	43
5.1. Fuentes primarias	43
5.2. Fuentes secundarias	45
5.3. Fuentes jurídicas	48
6. Anexo: reseña de un libro.....	49

Introducción¹

El presente trabajo pretende hacerse cargo desde un punto de vista filosófico de un problema fundamental que atañe a lo que kantianamente nos podríamos referir como el sentido último (en tanto que *arjé* que es, a la vez, un *telos*) de la existencia del ser humano como ser racional finito que desarrolla su vida en un espacio limitado y, por tanto, en necesaria proximidad y vecindad con sus semejantes: el derecho. En concreto, se tratará de analizar y discutir el problema de la aplicación en el ámbito del derecho, entendiendo por tal la dificultad que implica la actividad del juez en la medida en que éste, encontrándose sometido al imperio de la ley (abstracta y general), está obligado a resolver casos (concretos y particulares). Se aborda, por tanto, un problema de especial dificultad que ocupa un lugar extraño en la división tradicional de la filosofía: entre la epistemología y la metafísica en virtud de su pregunta más general (¿cómo es posible aplicar reglas generales a casos concretos?) y la filosofía jurídico-política como consecuencia de la determinación material de la pregunta (el ámbito del derecho y, especialmente, el jurisdiccional). Para ello, se toma como referencia fundamental la filosofía de Kant, que se verá acompañada auxiliariamente por las reflexiones jurídicas de un pensador tan lejano como Carl Schmitt. Resulta imprescindible, pues, explicar esta decisión metodológica.

En primer lugar, es preciso señalar que la problemática planteada podría ser de interés para los juristas, pero tiene su sede principal en la Facultad de Filosofía² porque - en realidad- no resulta preciso tematizar la actividad judicial para que la práctica

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del disfrute de una Beca UCM de Colaboración de Estudiantes en Departamentos e Institutos Universitarios (convocatoria 2021-2022), asociada al Departamento de Lógica y Filosofía Teórica y tutorizada por la profesora María José Callejo Hernanz, también tutora de este TFM y a quien aprovecho para agradecer tanto la imprescindible ayuda que me ha prestado en el desarrollo de este trabajo como su ejemplar actividad docente.

² Esto no significa que la perspectiva de los jueces carezca de interés. En este sentido, cabría destacar dos obras. En primer lugar, *¿Para qué servimos los jueces?*, donde Martín Pallín (Madrid: Catarata, 2010) critica el carácter excesivamente técnico-memorístico de la formación de los jueces, que opone a la posibilidad de una formación de carácter más humanista que incluya el estudio de los clásicos de la filosofía, la política y la literatura (cuya conveniencia el autor explica tangencialmente, dado que sólo se haría plenamente comprensible desde el planteamiento propiamente filosófico del problema de la aplicación). En segundo lugar, *El papel del Juez en el Proceso Civil*, obra que se reseña en el anexo, en la que Andrés de la Oliva Santos (Cizur Menor, Aranzadi: 2012) discute desde una perspectiva plenamente jurídica sobre los poderes que deben corresponder al juez en la resolución de casos en la jurisdicción de lo civil. Al hilo de su argumentación, propone una defensa de la prudencia como disposición dirigida a saltar «de los principios y criterios abstractos a las opciones prácticas, a las decisiones» que, en terminología aristotélica, podría parecer que ocupa el mismo lugar sistemático que -como veremos- ostenta el Juicio en la filosofía kantiana y le permite concluir desde tal perspectiva aristotélica exactamente lo mismo que tratamos de mostrar aquí desde la posición kantiana, esto es, que toda sentencia judicial «es una *creación jurídica*» y que, por tanto, el juez «no es -y nunca lo ha sido [...] - un autómatas aplicativo, la mera boca que pronuncia las palabras de la ley» (ibid., 80).

jurisdiccional cotidiana se desarrolle de manera no problemática, por lo que es probable que los jueces realicen su trabajo sin que les parezca necesario realizar una reflexión respecto a qué se hace cuando se decide un caso en un tribunal. De este modo, es posible que -como señalaba Carl Schmitt- sólo en los momentos excepcionales se haga explícito para los jueces en ejercicio que bajo la aparente seguridad de la *praxis* jurisdiccional subyacieron siempre dificultades no pensadas cuya elucidación podría arrojar bastante luz acerca de la propia normalidad jurídica³. El problema de la aplicación es, además, una dificultad cuyo planteamiento exige remontarse más allá (o más acá) de la totalidad de materiales positivos con los que cuenta la Facultad de Derecho (legislación, jurisprudencia, historia del derecho...), pues nos obliga a enfrentar la dificultad misma del juzgar en cuanto tal, que no puede quedar simplemente reducida a cuestiones de metodología jurídica. Esta cuestión podría ocupar un lugar en la Facultad de Derecho en un espacio como la teoría del derecho o la filosofía del derecho; pero con ello los juristas no convertirían el problema de la aplicación en el derecho en un problema jurídico, sino que comenzarían a filosofar acerca del derecho.

En segundo lugar, resulta imprescindible explicar la elección de Kant como autor de referencia para estudiar el problema de la aplicación en el derecho. El filósofo de Königsberg ha pasado a la historia como un teórico «puro» dedicado esencialmente a cuestiones abstractas de teoría del conocimiento⁴ pero, en realidad, éste estuvo siempre preocupado no sólo por los principales acontecimientos sociales y políticos de su tiempo, sino también por el desarrollo de las ciencias. Y, en particular, prestó una enorme atención al derecho, que se refleja especialmente en sus obras más tardías como *En torno al tópico*, la *Metafísica de las costumbres* o *Hacia la paz perpetua*, a pesar de que la centralidad de lo jurídico puede rastrearse desde la propia *Crítica de la Razón Pura* (como han señalado los estudios en torno al «carácter “jurídico” del criticismo» kantiano⁵).

Ahora bien, el problema de la aplicación no se encuentra entre las muchas cuestiones sistemáticamente abordadas por la filosofía del derecho de Kant, lo que no

³ *TP*, I, 19-20 y *BP*, III, 66.

⁴ Esta es la interpretación neokantiana del significado de la obra de Kant en la historia de la filosofía. Una presentación y una crítica a esta manera de comprender el criticismo kantiano puede encontrarse en Ernst Cassirer. «Kant y el problema de la metafísica». *Ideas y Valores*, 26, 48-49, 1977, 106-7.

⁵ Vid. Maximiliano Hernández Marcos. «Sobre el carácter jurídico de la razón crítica: logros y perspectivas». *Daimon*, 4, 1992, 55-71, José López Hernández. «La fundamentación del derecho en Kant». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 1992, 395 y Adela Cortina. «Estudio preliminar». En: Immanuel Kant. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 2005 [1797], XXIII-XXVI. A modo de ejemplo, vid. *KrV*, A 422-3/B 450-1, donde Kant describe el modo en el que se produce las antinomias y la manera en que la *Crítica* pretende resolverlas de manera plenamente jurídicas.

implica que no exista en ella una reflexión implícita al respecto, sino -más bien- que resulta preciso reconstruir el planteamiento kantiano del problema de la aplicación en el derecho con los materiales disponibles. A tal objeto, la obra kantiana ofrece dos grandes alternativas. La primera consistiría en partir de un estudio en profundidad de la *Crítica del Juicio* para ganar desde ella un conocimiento firme acerca del Juicio⁶ para, desde tal posición, realizar una lectura sistemática de las obras kantianas dedicadas al derecho. Esta vía presupone que la cuestión del *problema de la aplicación* se juega en Kant en el campo que delimita la reflexión en torno al Juicio y pretende, entonces, reconstruir en primer lugar el *problema* con independencia de su concreción en el ámbito del derecho para, posteriormente, estudiar el modo en el que el Juicio puede operar en el derecho⁷. La segunda posibilidad supondría estudiar una serie de pasajes de la obra de Kant en los que éste comenta -en ocasiones simplemente a modo de ejemplo- algunas ideas en torno a la cuestión de cómo opera el Juicio en el ámbito del derecho. Se trata, por tanto, de algunos textos en los que el propio Kant enfrenta directamente la cuestión planteada en este trabajo, es decir, el *problema de la aplicación* en el derecho, aunque sin pretensiones sistemáticas. Como es comprensible, la primera posibilidad desborda las limitaciones de tiempo y espacio que impone un Trabajo de Fin de Máster, por lo que aquí tomaremos el segundo camino⁸.

⁶ Se emplea el término «juicio» para referirnos al alemán *Urteil* y reservamos «Juicio» para volcar el término *Urteilstkraft*, evitando así la innecesaria paráfrasis «facultad de juzgar».

⁷ Un trabajo en esta dirección puede encontrarse en Rudolf Makkreel. «Relating Kant's Theory of Reflective Judgement to the Law». *Washington University Jurisprudence Review*, 6, 1, 2013, 147-60. Un proyecto semejante -que podría desarrollarse en posteriores investigaciones- tendría como condición de posibilidad la consideración de que la *KU* no es meramente un tratado que contiene la «estética kantiana», sino un lugar sistemáticamente fundamental como cierre del proyecto crítico cuyo objeto propio no serían la belleza ni el arte, sino el Juicio y que sólo se ocuparía del juicio estético en la medida en que es precisamente el caso del gusto donde el Juicio opera en su mayor pureza e independencia respecto del resto de facultades («Kants Rechtsphilosophie der Urteilstkraft». *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 52, 1, 1998, 11 y Alejandro Vigo. «Determinación y reflexión». *Anuario Filosófico*, 37, 3, 2004, 750-1). Se han realizado múltiples lecturas de la *KU* que concuerdan en este rechazo de su reducción al ámbito de la estética: Hannah Arendt ha encontrado en ella la filosofía política kantiana (*Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Barcelona: Paidós, 2003, 33 y «La crisis en la cultura: su significado político y social». En: *Entre el pasado y el futuro*. Barcelona: Península, 2016, 335-40); Alessandro Ferrara ha tratado de presentarla como una propuesta de un «paradigma» alternativo entre el universalismo y el particularismo que se presenta como un «universalismo ejemplar sin principios» cuya potencialidad desborda completamente el ámbito estético (*La fuerza del ejemplo*. Barcelona: Gedisa, 2008, 44) y Marco Sgarbi la ha interpretado como una «lógica de lo irracional» (*Immanuel Kant*. Madrid: Maia, 2011, 11-8).

⁸ Esta vía ha sido ya ensayada por Wolfgang Wieland, cuyo trabajo acerca del Juicio en la filosofía del derecho de Kant («Kants Rechtsphilosophie der Urteilstkraft», op. cit.) ha sido un apoyo fundamental, hasta el punto de que he considerado necesario traducirlo por primera vez al castellano. Entre los trabajos de Wieland son también de gran interés los artículos recogidos en *La razón y su praxis* (Buenos Aires: Biblos, 1996) y su artículo acerca del mismo problema que plantea este trabajo, pero en relación a la filosofía de Aristóteles («Norma y situación en la ética aristotélica». *Anuario Filosófico*, 50, 1, 2017, 215-34), todos ellos traducidos por Alejandro Vigo.

En tercer lugar, resulta necesario explicar por qué se ha decidido incluir a Carl Schmitt en esta investigación. La vía elegida para el estudio del problema de la aplicación nos enfrenta a un Kant sumamente fragmentario cuyas ideas no tienen que ser tanto analizadas como sintetizadas, por lo que se ha considerado conveniente contar con el apoyo de los textos de algún reconocido teórico contemporáneo del derecho en la medida en que ha sido, precisamente en tiempos más recientes, cuando se ha planteado el problema de la aplicación con mayor claridad. No se trata tanto de estudiar posibles influencias de Kant sobre la teoría del derecho contemporánea (dado que el carácter implícito del problema de la aplicación en Kant hace poco probable que éste haya tenido demasiado impacto en la filosofía posterior), sino de servirnos instrumentalmente de algún autor más reciente que comparta la preocupación por la aplicación judicial y que haya desarrollado ordenadamente sus consideraciones al respecto.

¿Por qué, entonces, Carl Schmitt? Existían desde luego otras posibilidades. Podría haberse tomado como contrapunto las teorías de Kelsen y Hart, pues ambos han destacado también que entre la norma y la resolución judicial resulta indispensable una mediación activa por parte del juez. Pero se ha evitado introducir a estos autores dado que ambos plantean el problema de la aplicación en el derecho tratándolo como un problema de origen lingüístico, como si se tratase simplemente del hecho de que el lenguaje humano tiene una «textura abierta» que da lugar a la posibilidad de concretar las normas generales de varios modos igualmente válidos⁹, haciendo inevitable un momento de decisión judicial completamente discrecional e incontrolable¹⁰. Además, estos autores no parecen haber atendido a la especificidad del problema de la aplicación como una dificultad no reducible al problema de la interpretación de las normas. Así, este modo de plantear el problema queda muy lejos de la perspectiva kantiana, que no es de ningún modo

⁹ Vid. *RR*, VI, § 35 y *CoL*, VII, 155 y ss. Hart es especialmente explícito al respecto: «Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado a llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho» (*CoL*, VII, 159).

¹⁰ *RR*, §§33 y 36-38. Dice Kelsen: «[...] desde una perspectiva centrada en el derecho positivo no existe un criterio sobre cuya base una de las posibilidades aplicativas en el marco de la norma aplicable sea preferible a las demás. No existe un método -calificable de jurídico-positivo- que permita señalar como “correcta” a una de entre las diversas significaciones lingüísticas que tenga una norma [...]. La razón de ello está en que la necesidad de la “interpretación” se desprende del hecho de que la norma aplicable y el sistema de las normas dejan abiertas varias posibilidades, lo que significa que no contienen una decisión sobre cuál sea [...] el que tiene más valor. La decisión sobre ello [...] es una tarea que queda más bien encomendada a un nuevo acto de creación normativa -por ejemplo, a la sentencia del juez-». (*RR*, §37, 105-6).

lingüística y que tampoco acepta la posibilidad de la indecidibilidad racional de la decisión aplicadora de derecho.

También se podría haber optado por tomar como referencia secundaria las ideas de Derrida o de Gadamer, lo que habría sido sumamente interesante en la medida en que ambos consideran que sus proyectos filosóficos (deconstructivo y hermenéutico, respectivamente) encuentran precisamente en el ámbito jurídico su lugar más idóneo¹¹. Gadamer, especialmente, se ha ocupado de mostrar cómo la hermenéutica jurídica tiene un «carácter paradigmático» para la hermenéutica en la medida en que en ella se pone de manifiesto la esencial vinculación entre la aplicación y la comprensión de los enunciados generales¹². La obra de Gadamer podría ser, además, de gran interés para comprender cómo sería posible evitar la tentación relativista a pesar de reconocer la relevancia del punto de vista del intérprete. No obstante, tomar la hermenéutica de Gadamer (o la deconstrucción derridiana) como apoyo para el estudio de las ideas kantianas acerca de la aplicación jurídica, a pesar de que constituye un proyecto enormemente interesante que cabría desarrollar en otro contexto, tampoco resulta posible por la gran dificultad que comprender cabalmente la relación de la hermenéutica o de la deconstrucción con el derecho implicaría por sí misma.

Frente a todas estas posibilidades, emplear a Carl Schmitt -especialmente su obra de juventud titulada *Ley y juicio*- como herramienta para la interpretación de los pasajes de Kant es más útil porque, por un lado, evita la tentación en la que incurren Kelsen y Hart de reducir el problema de la aplicación a una dificultad lingüística y, por el otro, hace posible esquivar las grandes dosis de complejidad implicada en los proyectos filosóficos de Gadamer y Derrida, pues en *Ley y juicio* se enfrenta directamente al problema de en qué consiste la actividad judicial sin prácticamente construcciones filosóficas previas (en tanto que en aquel entonces Schmitt no había elaborado todavía sistemáticamente sus ideas jurídico-políticas).

¹¹ Jacques Derrida. *Fuerza de ley*. Madrid: Tecnos, 2018, 21-5 y Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999, 396-414.

¹² Sobre la relación entre la hermenéutica gadameriana y el derecho, vid. Juan Antonio García Amado. «Filosofía hermenéutica y derecho». *Azafra*, 5, 2003, 203-7, Pedro Pérez Lasserre. «Gadamer y la hermenéutica jurídica: ¿un insumo útil?». *Universitas*, 138, 2019 y Jean Grondin. «El interés de Gadamer por la hermenéutica jurídica». *Actualidad Penal*, 77, 2020, 333-51.

1. Planteamiento de la cuestión

La primera dificultad que se suscita al plantear el problema de la aplicación en el ámbito del derecho consiste en que se trata de una cuestión cuyo horizonte de comprensión no está dado en su mera enunciación, pues ésta se presenta como la unión de dos conceptos enormemente esquivos e, incluso, polémicos desde un punto de vista filosófico: «aplicación» y «derecho». A continuación, se ofrece una presentación del sentido que debe conferirse a estos términos en punto a plantear el problema dentro de las coordenadas del pensamiento kantiano sin la pretensión de agotar los temas que se han de introducir en el camino.

1.1. Primera delimitación: la aplicación

La primera cuestión que debe resolverse concierne a la oposición entre teoría y *praxis* que, a pesar de su aparente simplicidad, esconde cierta dificultad en tanto que tal oposición oculta dos distinciones que resulta preciso no confundir¹³.

(1) *Distinción entre los dos usos de la Razón* (en adelante, lo teórico y lo práctico). Desde la propia *Crítica de la Razón Pura*, Kant elabora una separación entre lo teórico y lo práctico que coloca como pieza clave para la articulación de su sistema filosófico. A este respecto, la distinción remite al hecho de que la filosofía cuenta con dos objetos irreductibles entre sí: la naturaleza, vinculada a las leyes referidas a «lo que es», y la libertad, asociada a las leyes de «lo que debe ser»¹⁴. De este modo, la *filosofía práctica* tiene en Kant el sentido de un saber referido a los principios generales de la acción humana en tanto que libre, es decir, considerada de acuerdo no a la legalidad fenoménica natural, sino a la legalidad nouménica de la libertad. Uno de los objetivos nucleares del criticismo kantiano fue, precisamente, asentar este dualismo entre el ser y el deber ser (entre naturaleza y libertad, entre el uso teórico y el uso práctico de la Razón...) como fondo filosófico irrenunciable que Kant consideraba amenazado por una determinada autocomprensión de la Razón que la había llevado a buscar la satisfacción de su natural deseo de incondicionalidad en una metafísica teoreticista, es decir, volcada sobre el uso teórico de la razón¹⁵.

¹³ Vid. José Torralba. *Libertad, objeto práctico y acción*. Hildesheim: Georg Olms, 2009, 34-40.

¹⁴ A 840/B 868, vid. B XXI-XXX, A 314-9/B 371-5, A 795-803/B 823-831 y *GMS*, Ak. IV, 427.

¹⁵ Vid. Gerard Lebrun. *Kant y el final de la metafísica*. Madrid: Escolar y Mayo, 2008, 42-8.

(2) *Distinción entre dos planos de generalidad* (en adelante, teoría y práctica). La primera oposición no debe confundirse con esta distinción que, en la filosofía kantiana, es tematizada en *En torno al tópico*: «Eso vale para la teoría, pero no sirve para la práctica». En esta obra de 1793 lo que se distingue al oponer teoría y práctica son dos niveles de generalidad: la teoría haría referencia a cualquier conjunto de reglas que se presenten «con cierta universalidad», es decir, colocando entre paréntesis «la multitud de condiciones que concurren necesariamente en su aplicación», mientras que la práctica consistiría en la aplicación al caso concreto «de ciertos principios de conducta representados con universalidad»¹⁶. De este modo, aquí la distinción entre la teoría y la práctica no establece una distancia cualitativa (como la que separa los dos usos de la razón), sino que entre ellas se mantiene cierta homogeneidad sustancial en la medida en que opone dos maneras de relacionarse -en abstracto y en concreto- con los principios propios de cada uso de la razón.

Kant no sólo reflexionó acerca de estas dos maneras de pensar la teoría y la práctica, sino que se preocupó también explícitamente de evitar su identificación, a la que había tendido la filosofía de su tiempo¹⁷. La cuestión puede resumirse en lo siguiente. La distinción fundamental en términos de radicalidad y de anterioridad lógica es la que separa los dos usos de la razón, y tal oposición debe servir para sistematizar la filosofía, mientras que la distinción entre la teoría y la práctica como dos maneras de relacionarse con los principios debe considerarse subordinada a la primera en la medida en que ésta opera ya siempre o bien en el ámbito del uso teórico de la razón o bien en el ámbito de su uso práctico: corresponden al uso teórico de la razón tanto el descubrimiento de los principios que conforman las leyes de la naturaleza como aquellas obras que realiza la voluntad humana en las que ésta aplique a algún caso concreto tales principios (en forma de «reglas técnico-prácticas»¹⁸), como es el caso del arquitecto que emplea los principios de la mecánica para construir un edificio. Del mismo modo, forman parte de la filosofía práctica los principios de la moral y su aplicación a casos concretos.

Con esto hemos comenzado a delinear el problema de la aplicación en la medida en que se ha descubierto: (A) que la aplicación se identifica con la práctica y, por tanto, se juega no en el ámbito de la distinción de los dos usos de la razón, sino en el de la separación entre los dos niveles de generalidad y (B) que el problema de la aplicación

¹⁶ *TuP*, Ak. VIII, 275.

¹⁷ *KU*, Ak. V, 171-2 y *MdSI*, Ak. VI, 217-8.

¹⁸ *KU*, Ak. V, 172.

puede plantearse, en principio, en relación a los dos usos de la razón, por lo que para abordar el problema de la aplicación en el derecho resulta preciso delimitar con claridad el ámbito en el que se presenta, esto es, el derecho.

1.2. Segunda delimitación: el derecho

El problema que nos proponemos abordar requiere pensar la figura del juez en su papel de aplicador del derecho, por lo tanto, en la medida en que éste se encuentra vinculado a las leyes positivas, no resulta suficiente delimitar el concepto del derecho, sino que resulta preciso determinar la noción de «derecho positivo», que Kant no identifica con el concepto de derecho en general. En la filosofía kantiana, el concepto del «derecho positivo»¹⁹, se construye por medio de una sucesión de distinciones que se encadenan a partir de la oposición nuclear que separa los dos usos de la razón.

(1) *Distinción entre lo ético y lo jurídico*. El hombre, en tanto que ser racional y finito, se relaciona con las leyes de la libertad o de la moralidad (*Moral*) que descubre mediante el uso práctico de la razón de dos modos muy diferentes, pues éstas pueden presentarse en el ámbito de la ética (*Ethik*) o en el del derecho (*Recht*). Esta oposición adquiere un carácter sistemático fundamental en la *Metafísica de las costumbres*, hasta el punto de que obliga a dividir el sistema de la filosofía moral en unos *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* y unos *Principios metafísicos de la doctrina de la virtud*. De este modo, en la filosofía kantiana existe una relación compleja entre ética y derecho en la medida en que, por un lado, Kant insiste en la necesidad de distinguir lo ético de lo jurídico pero, por el otro, no deja éste de reconocer nunca que ética y derecho tienen un origen común: la moralidad. En cualquier caso, lo que interesa aquí no es tanto su origen común, sino el modo en el que Kant opone lo ético y lo jurídico²⁰.

¹⁹ En la *MdSI*, Kant denomina indiferentemente al derecho establecido por los hombres «derecho positivo» (*positives Recht*) (Ak. VI, 229) y «derecho estatutario» (*statutarisches Recht*) (Ak. VI, 296). De hecho, en la «División general de los derechos» emplea ambas denominaciones para oponer el derecho «que procede de la voluntad del legislador» del «derecho natural», que es aquel que «descansa sobre puros principios *a priori*» (*MdSI*, Ak. VI, 237). Por sencillez, nos referiremos al derecho creado como «derecho positivo».

²⁰ Sobre el origen común y la necesidad de mantener separados el derecho y la ética, vid. Antonio Truyol y Serra. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado II*. Madrid: Revista de Occidente, 1975, 303-4, José López Hernández. «La fundamentación del derecho en Kant», op. cit., 396-402, José Luis Villacañas Berlanga. *Res Publica*. Madrid: Akal, 1999, 95-116, Alejandro Vigo. «Ética y derecho según Kant». *Tópicos*, 41, 2011, 105-58, Manuel Jiménez Redondo. «El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona». *Teoría y derecho*, 14, 2013, 29-31, José López Hernández. «La teoría pura del Estado de Kant». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 36, 2020, 324-9 y Manuel Jiménez Redondo. «Sobre Kant y Kelsen: a propósito de la disputa entre los profesores García Amado y Atienza». *Teoría y derecho*, 27, 2020, 71-3.

Tal distinción no puede comprenderse en términos de delimitación extensiva de dos esferas de acción, como si de lo que se tratase fuera de que en determinados contextos rigen leyes éticas y en otros leyes jurídicas, sino que ésta depende fundamentalmente del lugar en el que se coloque el origen de la obligación que cada legislación impone al hombre, lo que Kant denomina el «tipo de obligación»²¹: son leyes éticas aquellas que convierten el deber de realizar una determinada acción en el móvil de la propia acción, mientras que son leyes jurídicas aquellas que imponen deberes sin obligar al hombre a tomar el mero deber como móvil de su acción²². El derecho no puede tratar nunca de imponer fines al sujeto, en la medida en que ello comportaría una completa instrumentalización de los hombres, que serían tratados como seres heterónomos y -en definitiva- como medios, aunque fuera como medios de su propio perfeccionamiento moral²³. El derecho queda, así, sustraído de toda posibilidad de acudir a la interioridad del hombre como motor de la obediencia a sus leyes y, por tanto, queda necesariamente vinculado a la coacción²⁴. Ahora bien, esto no significa que no se puedan cumplir las leyes jurídicas por motivos de carácter estrictamente internos, sino tan sólo que el orden del derecho debe encontrarse siempre cegado ante el carácter de la motivación de quien cumple sus leyes. La oposición entre la ley jurídica y la ley ética puede, pues, resumirse en la idea de que «la *legislación ética* [...] es aquella que no puede ser externa; la *legislación jurídica* es aquella que también puede ser externa»²⁵.

(2) *Distinción entre el derecho positivo y el derecho natural*. La esfera del derecho así delimitada respecto de lo ético no queda aún identificada sin resto en Kant con el derecho positivo. Para alcanzar el ámbito del derecho positivo, resulta preciso establecer una nueva delimitación dentro del ámbito del derecho, a saber, la oposición entre derecho positivo y derecho natural²⁶: formaría parte del derecho natural todas aquellas leyes jurídicas cuya obligatoriedad depende de los «principios a priori» que introduce en el mundo la razón moral y que obligan, por tanto, necesariamente a los hombres en la medida en que son seres dotados de razón práctica²⁷, mientras que corresponderían al

²¹ *MdSI*, Ak. VI, 220.

²² *MdSI*, Ak. VI, 214, 219 y 239.

²³ *TuP*, Ak. VIII, 290.

²⁴ *MdSI*, Ak. VI, 231.

²⁵ *MdSI*, Ak. VI, 220.

²⁶ *MdSI*, Ak. VI, 224 y 237.

²⁷ Así, como ha señalado Óscar Cubo, se trata de un concepto de derecho natural completamente secularizado y desprendido, por tanto, del carácter «teológico-religioso» que adoptó en la filosofía político-jurídica medieval y de principios de la Edad Moderna. Vid. Óscar Cubo Ugarte. «La doble naturaleza del derecho en Kant». En: Gustavo Leyva, Álvaro Peláez y Pedro Stepanenko (eds.). *Los rostros de la razón*. Barcelona: Anthropos, 2018, 174.

derecho positivo aquellas leyes jurídicas cuya obligatoriedad depende de la «autoridad del legislador».

En la introducción de los *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, esta oposición entre lo positivo y lo racional se presenta en términos epistemológicos, es decir, a modo de reflexión en torno a lo que denomina «doctrina del derecho»²⁸. Allí, Kant señala que tal doctrina tiene por objeto el «conjunto de leyes para las que es posible una legislación externa», es decir, las leyes jurídicas. Pero introduce a continuación una división en el interior de esta teoría del derecho entre, por un lado, la «doctrina del derecho positivo» (o jurisprudencia: *iurisprudencia*), que se encargaría de conocer «externamente» las leyes del derecho positivo, es decir, en su referencia a los casos a los que éstas se aplican en la experiencia y, por el otro, la «doctrina del derecho natural» (o ciencia del derecho: *iurisscientia*), que se encargaría de elaborar un «conocimiento sistemático» de aquella legislación jurídica cuyos principios estén dados *a priori*. Así, el conocedor del derecho positivo sabrá «qué sea de derecho o con arreglo a derecho, es decir, qué es lo que las leyes dicen o han dicho en un determinado lugar y en un determinado momento»²⁹, mientras que quien tiene la ciencia de derecho conocerá «el criterio general con el reconocer tanto lo justo como lo injusto», criterio que habría de ser determinable racionalmente, con independencia total del curso de la historia del derecho positivo³⁰.

Con esto, se ha alcanzado la delimitación kantiana del derecho positivo. Pero resulta preciso introducir todavía una última oposición en el interior del derecho natural, que si bien no altera el concepto del derecho positivo ya establecido, resulta fundamental para comprender su relación con el derecho natural y el lugar que ocupa el juez en el pensamiento kantiano acerca del derecho.

(3) *Distinción entre el derecho privado y el derecho público*. La superioridad normativa del derecho natural que se subraya allí donde se trata de oponer derecho natural y positivo se ve hasta cierto punto eclipsada tan pronto como Kant se ocupa de elaborar una ulterior distinción en el seno del derecho natural entre el derecho privado y el derecho público, pues en tal contexto elabora un argumento que -asentado ciertamente en el

²⁸ *MdS1*, Ak. VI, 229.

²⁹ *MdS1*, Ak. VI, 229.

³⁰ En este sentido, podría decirse que la distinción entre derecho natural y derecho positivo implica el reconocimiento de la «preeminencia normativa del derecho racional» (Óscar Cubo Ugarte. «La doble naturaleza del derecho en Kant», op. cit. 175.

ámbito del derecho natural- termina por desplazar el centro de gravedad del derecho hacia el plano del derecho positivo.

Como señala Kant al final de la Introducción a la Doctrina del Derecho, el derecho natural (*Naturrecht*, que es todo lo que puede decirse *a priori* del derecho) se divide en el derecho en estado de naturaleza (*natürliches Recht*) y el derecho civil (*bürgerliches Recht*), es decir, en derecho privado y derecho público, respectivamente³¹. En el estado de naturaleza, sostiene Kant, existiría ya sociedad y determinadas concepciones jurídicas de origen necesariamente *a priori*. Pero este derecho emanado de la razón que rige ya en el derecho privado se encontraría estructuralmente amenazado, lo que explica la necesidad del tránsito al derecho público a través de la positivización del derecho ya previamente reconocido por la razón pura en su uso práctico. Tal transición consistiría en el establecimiento de una «justicia distributiva», según la cual los conflictos jurídicos dejarían de resolverse apelando a «cómo acerca de lo justo ha de juzgar para sí cada hombre» (lo que ocurría en el estado de naturaleza, según el derecho privado), sino a la sentencia del tribunal que determina «qué es de derecho» de acuerdo con el derecho positivo³².

Así, el argumento de Kant consiste en que el propio principio universal del derecho, que determina lo justo como posibilidad de coexistencia de los arbitrios, se acaba constituyendo como el origen *a priori* del deber también necesariamente *a priori* (y, por tanto, incondicionado)³³ de superar el estado de naturaleza y evitar que cada individuo juzgue sus propias causas de acuerdo al derecho privado para que sean tribunales públicos los que resuelvan las cuestiones de derecho según lo que establezcan las leyes positivas, pues el estado de naturaleza constituye necesariamente un «estado *sin derecho*» en la medida en que «cuando el derecho era *controvertido*, no se encontraba juez competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal», por lo que todo derecho disfrutado en el contexto del derecho privado mantendría siempre un carácter «provisional», hasta el momento en el que tal derecho pasara a estar asegurado por «la sanción de una ley pública»³⁴.

³¹ *MdSI*, Ak. VI, 242.

³² *MdSI*, Ak. VI, 296-7. Kant dedica a analizar este doble punto «que no debe pasarse por alto en absoluto a la hora de ponerse a rectificar juicios jurídicos» los §§36-40 de *MdSI*, atendiendo a cuatro casos en los que estas dos perspectivas pueden dar lugar a resultados contrarios: los contratos de préstamo, los de donación, la recuperación de lo perdido y el juramento.

³³ Vid. *MdSI*, Ak. VII, 237, 354 y §§41-4, *ZeF*, Ak. VIII, 349 y *TuP*, VIII, 289.

³⁴ *MdSI*, Ak. VI, 312.

(4) *Conclusiones respecto al papel del juez.* Esta serie de distinciones que sumariamente se han presentado para delinear el contorno básico de la idea kantiana del derecho, ofrecen también una delimitación de la figura del juez. La existencia del juez constituye la exteriorización inmediata de la fundación del estado civil, lo que explica su vinculación al derecho positivo y el hecho de que lo primero que se exija al juez sea, precisamente, lo que Kant denomina *iurisprudentia*: el conocimiento de las leyes vigentes y del modo en el que éstas se aplican a casos concretos. No obstante, el juez no es solamente una persona versada en el derecho positivo, sino que es también -y primeramente- un ser racional dotado de razón práctica y, por tanto, un individuo capaz de descubrir los principios *a priori* del derecho. El juez se va a encontrar, en consecuencia, sometido a una insuperable tensión en tanto que conocedor tanto del derecho positivo como del derecho racional, que pueden en cualquier momento entrar en contradicción. Sin embargo, la estructura del argumento contractualista kantiano aconseja no permitir nunca a los jueces obviar el derecho positivo para dictar sentencia de acuerdo al derecho racional (por grave que fuera la injusticia que el juez considerara que implicaría resolver un determinado caso según el derecho positivo), pues en tal caso se estaría atentando directamente contra el núcleo del estado civil³⁵.

Precisamente por este motivo, Kant piensa siempre al cuerpo de jueces del Estado desde la distinción entre el uso privado y el uso público de la razón que establece en *¿Qué es la Ilustración?* La conocidísima tesis de este opúsculo consiste en que el avance de la Ilustración precisa del reconocimiento de una total libertad en el uso público de la razón, es decir, para la exposición escrita de las propias ideas que uno presenta «como alguien docto» al «universo de los lectores»³⁶, mientras que sería posible -e incluso necesario- limitar el uso privado de la razón, es decir, el uso que cada individuo realiza en el desempeño de «una determinada función o *puesto civil* que se le haya confiado»³⁷. En síntesis: «*razonad cuanto queráis y sobre todo lo que gustéis, ¡con tal de que obedezcáis!*»³⁸.

³⁵ Kant ha advertido explícitamente en su obra jurídico-política del peligro de la ruptura del estado civil, aunque en otro contexto teórico: la discusión del derecho de resistencia y la caracterización de la política como práctica reformista. (*ZeF*, Ak. VIII, 353 y 372-3 y *MdSI*, Ak. VI, §52). Es precisamente la tarea de la política, no la de la jurisdicción, modificar el derecho positivo para adecuarlo paulatinamente al derecho racional.

³⁶ *WiA*, Ak. VIII, 37. Vid. *TuP*, Ak. VIII, 304.

³⁷ *WiA*, Ak. VIII, 37.

³⁸ *WiA*, Ak. VIII, 41.

Pues bien, esta dualidad es precisamente la que -como decíamos antes al hilo del tránsito del derecho privado al público- se encuentran sometidos los jueces. Aunque éstos no sean mencionados por Kant en la lista de ejemplos que emplea para ilustrar la distinción entre los dos usos de la razón, sí aparecen nombrados los *juristas* en *El conflicto de las facultades*, donde Kant retoma esta oposición (aunque sin presentarla explícitamente). De este modo, la tesis de Kant en este escrito es precisamente que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, deben juzgar no según su razón, sino según «el código hecho público y sancionado por las más altas instancias» (es decir, por el poder legislativo), es decir, que en tanto que funcionario encuentra limitado su uso privado de la razón. Y la sumisión del juez al derecho positivo operaría siempre y necesariamente, con total independencia de si éste supera o no el examen al que el juez le podría someter haciendo un uso público de la razón, comparando las leyes positivas con las leyes del derecho racional, pues una vez instaurado un poder soberano no compete sino al propio soberano (y no a los jueces particulares) determinar la adecuación del derecho positivo al derecho racional y modificar aquél para adecuarlo a éste cuando así lo estime oportuno³⁹.

De este modo, podemos concluir que Kant, sin aceptar la reducción del derecho al derecho positivo, sostiene que los jueces se encuentran encadenados a él y ven, en consecuencia, limitado su uso privado de la razón, careciendo de la posibilidad de valorarlo de acuerdo con los principios *a priori* del derecho y viéndose, por tanto, obligados a resolver los casos de acuerdo con la ley positiva dada por el poder soberano. En consecuencia, al menos para los jueces, *el problema de la aplicación en el derecho* aparece necesariamente limitado al ámbito del derecho positivo.

1.3. Marco general: *el problema de la aplicación en el derecho*

Pues bien, todo lo dicho hasta este punto resulta fundamental para elaborar un marco general de comprensión que permita apreciar la enorme originalidad de la reflexión kantiana en torno al juicio en el ámbito del derecho. Con el fin de elaborar esta estructura del *problema de la aplicación* podemos reconstruir los elementos descubiertos en las dos secciones previas del siguiente modo⁴⁰:

³⁹ *SdF*, Ak. VI, 25.

⁴⁰ En este momento de construcción, se han empleado como paradigma las consideraciones acerca del problema de la aplicación que Wieland presenta en los siguientes trabajos que cito en este punto para ahorrar al lector referencias constantes: Wolfgang Wieland. «Aporías de la razón práctica», op. cit., «Filosofía

(1) *Existe una oposición irreductible entre el conocer (uso teórico de la razón) y el obrar (uso práctico de la razón):* el conocer tiene un carácter fundamentalmente hipotético y el obrar tiene una naturaleza incondicionada. Esto se debe a que mientras que el primero puede asumir la suspensión temporal del juicio en aquellos casos en los que no se cuente con fundamentos firmes, en el obrar no resulta nunca posible la abstención, pues la ausencia de acción consiste en un modo de obrar más que genera consecuencias tanto como cualquier otro curso de acción. En el caso del derecho, esta circunstancia se expresa en la norma de que todo juez tiene la obligación de resolver los casos que se le presentan, sin que le sea posible retrasar indefinidamente la sentencia por existir dudas acerca de cómo debe decidir⁴¹.

(2) *En la medida en que el obrar es inevitable, se encuentra situacionalmente determinado.* Cuando se trata del obrar, el sujeto encuentra que el conjunto de elementos relevantes aparece con un carácter de indisponibilidad en la medida en que están ya definidos de manera contingente en la situación concreta (por oposición al conocer, que -mediante el método experimental- puede alterar a su conveniencia tales elementos). Esta cuestión se presenta en el ámbito jurídico en la medida en que buena parte del trabajo al que se enfrentan los jueces para determinar si un caso concreto es o no conforme a derecho consiste en el análisis y valoración de las pruebas presentadas por las partes en conflicto con el fin de determinar los «fundamentos de hecho» del caso.

(3) *Pero la decisión que exige la estructura del obrar no puede quedar determinada por la contingencia situacional, sino que exige la apelación a normas generales.* La desvinculación del obrar respecto del conocer no impide reconocer en el ámbito que le corresponde a aquél cierta normatividad que permite precisamente considerar la acción no como el resultado azaroso de las circunstancias, sino como el fruto de un decidirse racionalmente orientado. En el caso del derecho, el juez se encuentra obligado a motivar sus sentencias⁴², es decir, a dar razón de qué normas se han empleado para decidir. El resultado de la delimitación del concepto de derecho ha dado lugar a

práctica y epistemología». En: *La razón y su praxis*, op. cit., 83-116 y «Praxis y facultad del juicio». En: *La razón y su praxis*, op. cit., 51-82.

⁴¹ A modo de ejemplo, el artículo 1.7 del Código Civil español establece que «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

⁴² En nuestro sistema jurídico, esta cuestión aparece constitucionalizada no sólo como principio regulador del poder judicial en la sección de la Constitución a él dedicada (art. 120.3 CE), sino también en calidad de derecho fundamental, al vincularse la obligación de motivar las resoluciones judiciales al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El principio de motivación de las sentencias se encuentra recogido también en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 248.3) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 218.2).

importantes conclusiones respecto a los elementos normativos de los que legítimamente puede hacer uso el juez: por un lado, la supresión de toda pretensión de decidir de acuerdo a leyes éticas; por el otro, la eliminación de la posibilidad de acudir a los principios *a priori* del derecho (derecho racional). El juez, por tanto, queda enfrentado a lo fáctico contando tan sólo con las normas del derecho positivo, de acuerdo a las cuales tendrá que poder decir no qué es lo justo en sí, sino qué es de derecho en cada situación.

(4) *Todo obrar implica, en consecuencia, poner en relación dos elementos radicalmente inconmensurables (norma y situación), dando lugar al problema de la aplicación.* La naturaleza del obrar exige que la decisión que comporta no se resuelva unilateralmente: ni manteniéndose en el plano de lo particular (situación), pues en tal caso no habría acción, sino mera reacción; ni permaneciendo en el plano de lo universal (norma), pues la mera aprehensión de reglas prácticas no es obrar. Sobre esta cuestión es preciso señalar: (A) que tal proceso de vinculación entre lo particular y lo universal constituye lo que más arriba hemos presentado como *aplicación* y (B) que la cuestión de la *aplicación* sólo se constituye en un verdadero *problema* filosófico en la medida en que se asuma con total radicalidad la «heterogeneidad categorial»⁴³ que separa el espacio de lo fáctico del de lo normativo, esto es, en la medida en que se asuma que norma y situación no se encuentran en una cierta armonía preestablecida, sino que sólo entran en relación por medio del obrar humano. La cuestión consiste, así, en reconocer que existe un abismo estructural que separa norma y situación que se expresa en el binomio finitud-infinitud: las normas son susceptibles de ser descritas por un número finito y limitado de notas, mientras que la situación concreta desborda todo intento de descripción exhaustiva en tanto que siempre parece posible descubrir en ella un nuevo elemento que, a primera vista, no había sido considerado.

(5) *Por principio, resulta imposible esperar una superación normativa del problema de la aplicación.* El reconocimiento del carácter insuperable del problema de la aplicación no impide que las diversas ciencias prácticas hayan desarrollado métodos de control de la inestabilidad que éste genera. Resulta imprescindible subrayar -pues éstos han tenido un especial desarrollo en el derecho- que tales métodos tienen un carácter exclusivamente pragmático orientado a facilitar la tarea aplicativa en la *praxis* ordinaria y no alteran en absoluto la distancia que *de iure* cabe reconocer entre norma y situación.

⁴³ Wolfgang Wieland. «Aporías de la razón práctica», op. cit., 24.

Entre dichos métodos, destaca el de la progresiva concreción y clarificación de las leyes a través de la promulgación de nuevas normas⁴⁴. Imaginemos que una norma jurídica establece que toda conducta X debe ser castigada con la pena Y. Los jueces podrían considerar al enfrentarse a la pluralidad de casos concretos que la descripción normativa de X es demasiado amplia y genera zonas de penumbra en las que no resulta claro si determinados casos caen o no bajo tal tipo jurídico, no estando en consecuencia claro lo más importante: si a tales casos les corresponde la sanción Y. Atendiendo al problema, el legislador podría dictar una nueva ley (o el ejecutivo un reglamento, esto resulta irrelevante) subordinada a la primera que concrete cómo debe aplicarse aquella. Resulta así posible que -en términos pragmáticos- esta segunda norma sea de gran utilidad, eliminando las dudas que efectivamente hubieran surgido a los jueces.

Pero con ello no puede presuponerse que se ha eliminado el problema de la aplicación, que se ha cerrado la costura abierta entre regla y hecho, pues si para concretar la primera norma se promulga un documento jurídico que tenga sentido seguir denominando «norma» (en el sentido de que sea una regla general aplicable a una multiplicidad indeterminada de casos y no una orden de resolver el caso en un determinado sentido, lo que sería -por cierto- una importante violación del principio de independencia judicial), entonces los jueces se encontrarían en el fondo frente al mismo problema: mediar entre una norma y una situación fáctica. Como tal proceso seguiría manteniendo su problematicidad estructural, entonces podría tratarse nuevamente de elaborar una tercera norma y después una cuarta... dando así lugar a un regreso *ad infinitum* que no parece superable.

En conclusión, la pretensión de cerrar normativamente el problema de la aplicación resulta imposible debido a que conduce o bien a la usurpación de la decisión judicial por una instancia ajena a él (y en esa medida el problema se suprime trasladándolo a otra instancia) o bien a una cadena infinita que no logra nunca cerrar el hiato ontológico que divide norma y situación. Por principio, mientras sea preciso aplicar normas a casos concretos, con independencia del grado de generalidad de las normas en cuestión, seguirá apareciendo el problema de la aplicación.

En este trabajo se aborda precisamente la actividad del juez en la medida en que ésta consiste en una actividad de aplicación de normas a casos particulares y, por tanto, en un tipo de *praxis* estructuralmente enfrentada al problema de la aplicación. En la

⁴⁴ Ibid., 28-9.

filosofía de Kant -como ha apuntado pertinentemente Wieland-, cabe encontrar el reconocimiento del carácter insuperable del problema de la aplicación en el descubrimiento de que entre norma y situación media siempre y necesariamente la «formación de un juicio»⁴⁵, por lo que bien se podría apuntar a la dificultad filosófica aquí planteada mediante el sintagma «el problema del Juicio». A continuación, partiendo de esta elaboración del problema de la aplicación, se propone su reconstrucción en el ámbito del derecho en la filosofía kantiana.

2. Reconstrucción del *problema de la aplicación* en el derecho. Kant y Schmitt frente a los postulados de la «doctrina tradicional»

El objetivo de este apartado consiste en mostrar que, como hemos sugerido en las páginas anteriores, en la filosofía kantiana existe una preocupación fundamental por la necesidad de poner en relación lo particular y lo universal que se expresa en su reflexión en torno al Juicio⁴⁶ y que esta preocupación se encuentra presente (aunque sea implícitamente) en sus reflexiones en torno a la actividad judicial.

Esto sería tanto como afirmar que Kant habría pensado la *praxis* judicial distanciándose de la concepción tradicional dominante en su época, que -desconociendo la heterogeneidad categorial que separa norma y situación- se figura al juez como a un autómatas que aplica mecánicamente las leyes. Frente a esta manera de concebir la función del juez, el presente apartado propone la hipótesis -ya apuntada por Wieland- de que la filosofía kantiana del Juicio (en su aplicación al derecho) supondría el reconocimiento de un cierto «elemento decisionista»⁴⁷. Como se señaló en la introducción, emplearemos a Carl Schmitt como referencia auxiliar para reconstruir la filosofía jurídica del juicio de Kant, que nos servirá para marcar tanto una cierta cercanía (en la medida en que se rechaza la idea del juez como máquina de subsumir), como una importantísima distancia que divide radicalmente a partir de tal punto de acuerdo la posición de ambos pensadores.

⁴⁵ Wolfgang Wieland. «Praxis y facultad del juicio». En: *La razón y su praxis*, op. cit., 68.

⁴⁶ *KU*, Ak. V, 179.

⁴⁷ Wolfgang Wieland. «Praxis y facultad de juicio», op. cit., 73-4.

2.1. La doctrina tradicional acerca de la actividad judicial

Entre los pensadores de la época de Kant se había extendido la idea de que en realidad la actividad judicial sería una «condición pasajera», plenamente subordinada a la legislación y hasta cierto punto irrelevante si de lo que se trataba era de comprender el derecho⁴⁸. Esta manera de entender la actividad judicial comienza a fraguarse en los albores de la Modernidad y llega a su máxima expresión en el positivismo jurídico del siglo XIX⁴⁹. Esta consideración se sustentaba sobre la pretensión característica de la Modernidad jurídica de tratar de superar el caos jurídico medieval (pluralidad de fuentes de derecho, amplia discrecionalidad jurisdiccional, imprevisibilidad jurídica...) por medio de la instauración del monopolio estatal de la creación de derecho y de la atribución, en concreto, de tal facultad al poder legislativo⁵⁰. Pero, en su afán de racionalización, este proyecto jurídico habría generado también lo que podemos denominar «doctrina tradicional acerca de la actividad judicial», de la que encontramos un claro referente en *El espíritu de las leyes* (especialmente en el capítulo sexto del libro XI, donde Montesquieu expone su conocida doctrina de la separación de poderes). Podemos sintetizar esta doctrina -que si bien puede considerarse superada en el ámbito de la teoría del derecho, continúa configurando los lugares comunes acerca del derecho- en tres grandes tesis⁵¹.

(1) *Distinción radical entre legislación y jurisdicción*. Según la «doctrina tradicional», las normas jurídicas se encuentran dadas y perfectamente cerradas cuando el juez las toma para resolver casos concretos, por lo que entre legislación y jurisdicción existe una separación clara: el legislador promulga normas generales y los jueces determinan cómo se aplican tales normas en situaciones concretas. Precisamente en este sentido, Montesquieu afirma que los jueces deben limitarse a ser «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley» y que, en consecuencia, sus sentencias deben

⁴⁸ Maximiliano Hernández Marcos. «Kant, una teoría republicana para el Estado moderno». En: Rafael Enrique Aguilera (coord.). *Teoría del Estado contemporáneo: análisis desde la ciencia y la teoría política*. México: Porrúa, 2011, 48. Este autor señala al final de este excelente trabajo (sin ofrecer demasiadas explicaciones) que Kant habría asumido también esta forma de comprender la actividad judicial, hipótesis que en este trabajo se tratará de refutar.

⁴⁹ Franceso D'Agostino. «Interpretación y hermenéutica». *Persona y Derecho*, 35, 1996, 40.

⁵⁰ Vid. Norberto Bobbio. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993, 44-6 y 55, Manuel Segura Ortega. «El movimiento del Derecho Libre». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, 427 y Cristobal Orrego Sánchez. «Un juicio justo». *Anuario filosófico*, 44, 3, 2011, 547.

⁵¹ Franceso D'Agostino. «Interpretación y hermenéutica», op. cit., 40-1, Cristobal Orrego Sánchez. «Un juicio justo», op. cit., 547-552, Eugenio Bulygin. «Los jueces, ¿crean derecho?». *Isonomía*, 18, 2003, 7-10 y Juan Antonio García Amado. «Filosofía hermenéutica y derecho», op. cit., 193-5 y 200.

corresponder «siempre al texto expreso de la ley», evitando así la tentación de que los jueces resuelvan los casos en función de sus propias opiniones y creencias particulares, lo que daría lugar a una inasumible inseguridad jurídica, pues «se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella»⁵².

(2) *In claris non fit interpretatio*. Este principio implica, de entrada, la distinción entre casos claros y casos dudosos. Los primeros serían aquellos en los que, supuestamente, la norma a aplicar y el modo de aplicación de tal norma al caso resulta evidente, por lo que para el juez es posible (y, por tanto, obligatorio) aplicar un conocimiento pretendidamente objetivo de la ley y aplicarla sin interpretarla. Consecuentemente, se reconocería la legitimidad de la interpretación judicial de las leyes en los casos considerados «anormales» (en los que la norma a aplicar sea demasiado vaga o en los que no parezca existir norma aplicable), que no serían la expresión de una «textura abierta» consustancial al derecho⁵³, sino de una mala *praxis* legislativa superable por medio del empleo de técnicas legislativas adecuadas.

(3) *Concepción estrictamente gnoseológica de la interpretación*. El carácter activo de la intervención del juez que habría reconocido el principio *in claris non fit interpretatio* queda limitado por la consideración de que -para resolver los casos dudosos- el juez no puede incorporar ninguna decisión en el proceso judicial, sino que debe tratar exclusivamente de aclarar las normas dadas por medio de técnicas exegéticas estrictamente «racionales»⁵⁴. Esto implica que, en realidad, no se acepta en absoluto que el juez cumpla una tarea realmente importante al poner en relación lo universal de la norma con lo particular de la situación, lo que explica que el poder judicial haya sido descrito por Montesquieu como un poder «en cierto modo, nulo»⁵⁵.

En síntesis, la «doctrina tradicional» representada por Montesquieu concibe al juez como un autómatas que aplica mecánicamente las leyes sin intervenir realmente en el proceso judicial, obviando de tal modo la existencia del abismo ontológico que separa norma y decisión y, por tanto, del problema de la aplicación.

⁵² *EdL*, lib. XI, cap. 6, 109 y 112.

⁵³ *CoL*, 159.

⁵⁴ Vid. Norberto Bobbio. *El positivismo jurídico*, op. cit., 215-223 y Luis Prieto Sanchís. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2016, 263-74.

⁵⁵ *EdL*, lib. XI, cap. 6, 110.

2.2. El problema de la aplicación en el derecho en los textos kantianos

Ha sido Wolfgang Wieland quien -de manera sistemática- ha señalado la centralidad que la reflexión en torno al Juicio ocupa en la filosofía kantiana del derecho. Al inicio de su trabajo dedicado a esta cuestión, Wieland señala que si bien es cierto que la filosofía del derecho de Kant se habría ocupado especialmente de la fundamentación de los principios *a priori* del derecho, éste no habría descuidado la necesidad de reflexionar en torno a las condiciones de posibilidad y a las dificultades que implica atender, a la luz de dichos principios generales, a las situaciones concretas⁵⁶. No podría ser de otro modo, pues el propio Kant en el prólogo de la *Metafísica de las costumbres* sostuvo -en un contexto en el que se trata de explicar por qué su filosofía del derecho no toma la forma de un *sistema metafísico*, sino de unos *principios metafísicos*- que el derecho no tiene su razón de ser en el ámbito de la teoría (en el espacio de lo normativo), sino en el de la práctica, es decir, en el de «la aplicación a los casos que se presentan en la experiencia»⁵⁷.

Ahora bien, como ha señalado Wieland, este segundo nivel de la filosofía kantiana del derecho habría pasado inadvertida en los estudios del pensamiento kantiano, que habrían permanecido anclados a su aspecto normativo debido a que éste es el plano de reflexión explícitamente presentado y elaborado en los *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. En contraposición, la reflexión en torno a la traslación de los principios jurídicos universales a los casos particulares carecería de un tratamiento sistemático en la filosofía kantiana⁵⁸, pero habría sido perfilada en una serie de pasajes dispersos en la obra de Kant que, en punto a la elaboración de una comprensión holística de su filosofía del derecho, resulta imprescindible rescatar, estudiar y comentar. En tales textos podremos hallar elementos suficientes para confirmar la hipótesis propuesta más arriba, a saber, que Kant habría reparado en las dificultades que entraña para el derecho el problema de la aplicación.

⁵⁶ Wolfgang Wieland. «Kants Rechtsphilosophie der Urteilskraft, op. cit., 1.

⁵⁷ *MdSI*, Ak. VI, 205.

⁵⁸ Esta circunstancia no es accidental, pues como señala Kant en el pasaje recién citado, la *doctrina del derecho* no puede presentarse como un *sistema*, sino como unos *principios* debido a que se trata de la doctrina de una disciplina orientada hacia la *praxis*, por lo que su *sistema* tendría que incluir «la diversidad empírica» de los casos, lo que resulta imposible en la medida en que sólo podría hacerse rapsódicamente - a manera de ejemplos- convirtiendo el *sistema* en *amontonamiento*) (*MdSI*, Ak. VI, 205, vid. *KrV*, A 832-3/B 860-1).

Probablemente el lugar en el que esta cuestión se plantea con mayor detenimiento y orden es la introducción de *En torno al tópico*⁵⁹. Allí, como ya dijimos, de lo que se trata es de analizar la relación entre la teoría y la práctica no en tanto que oposición entre naturaleza y libertad, sino en tanto que ocupación con principios expresados de manera general y en tanto que aplicación de tales principios a casos concretos, respectivamente. Pues bien, una vez asentado el espacio de reflexión en este sentido, Kant apunta algo fundamental que ya expresa con total rotundidad su conocimiento de que la aplicación de principios a situaciones concretas implica -estructuralmente- una cierta dificultad:

Por muy completa que sea la teoría, salta a la vista que entre la teoría y la práctica se requiere un término medio como enlace y tránsito de la una hacia la otra, pues al concepto de entendimiento, concepto que contiene la regla, se tiene que añadir un acto del entendimiento por medio del cual el práctico distingue si algo cae bajo la regla o no.⁶⁰

En este breve pasaje, Kant presenta dos claves fundamentales. En primer lugar, expresa un reconocimiento general del problema de la aplicación, pues afirma que el tránsito de lo abstracto a lo concreto no es de mera continuidad, sino que requiere necesariamente de un tercer elemento que medie entre lo normativo y lo fáctico, lo que es tanto como decir que lo meramente normativo no es autosuficiente en punto a la aplicación o, en otras palabras, que se reconoce con total nitidez la existencia de una heterogeneidad categorial entre regla y situación que impide a la norma alcanzar desde sí misma lo concreto. Ahora bien, Kant no se queda ahí, sino que señala algo esencial y de gran relevancia jurídica, a saber, que esta situación está enraizada en la misma esencia del acto de aplicación de normas y es, por tanto, insuperable, dado que aparecerá siempre y necesariamente, «por muy completa que sea la teoría».

Desde este punto puede ensayarse ya una interesantísima proyección en el ámbito del derecho, pues cabe deducir del siguiente modo la necesidad de la existencia del juez: si asumimos (A) que el derecho es una disciplina orientada hacia su aplicación en las situaciones concretas y (B) que las leyes jurídicas (como cualquier otro tipo de norma) no pueden proveer su propia aplicación al ámbito concreto, entonces (C) el derecho carece de impacto sobre lo fáctico en una situación de ausencia de una instancia judicial, que

⁵⁹ *TuP*, Ak. VIII, 275 y ss. Este texto puede comprenderse como la expresión en la filosofía kantiana del *problema de la aplicación* en general. Aunque en él la cuestión no se plantea de manera específica para el derecho, éste se presenta como un paradigma ejemplar de sus ideas.

⁶⁰ *TuP*, Ak. VIII, 275.

en el caso de lo jurídico estará representada -en condiciones de estado de derecho- por el conjunto de jueces que forman parte del poder judicial. Así, la necesidad del juez como aplicador del derecho se deduce no de ninguna suerte de argumentación de corte prudencial, sino de la misma idea del derecho⁶¹. Y -esto resulta esencial- tal necesidad resulta insoslayable incluso con la técnica legislativa más depurada, pues la instancia mediadora no es necesaria -como supuso la mentalidad jurídica tradicional- por determinadas carencias o defectos de la norma, sino porque toda norma (con independencia de su calidad) ocupa un espacio diverso respecto del que ocupan los casos concretos.

De este modo, la heterogeneidad categorial que separa la norma de la situación implica la necesidad de un «término medio» que conecte ambos extremos en un acto de aplicación. Tal término medio -que en *En torno al tópico* no aparece tematizado- no es otro que el Juicio. Esta facultad -cuyo lugar sistemático en el proyecto crítico kantiano aparece ya descrito en la propia *Crítica de la Razón Pura*- se encarga de poner en relación lo normativo (reglas) y lo fáctico (casos concretos) por medio de una operación de subsunción, es decir, de distinguir «si algo cae o no bajo una regla dada» o «pensar lo particular como contenido en lo universal»⁶².

A menudo, la cuestión del Juicio en la filosofía kantiana se presenta precisamente atendiendo a las dos funciones que éste tiene tal y como Kant las presenta en el recién citado pasaje de la Introducción de la *Crítica del Juicio*:

El Juicio, en general, es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal. Si lo universal (la regla, el principio, la ley) es dado, el Juicio, que subsume en él lo particular [...], es *determinante*. Pero si sólo es dado lo particular, sobre el cual él debe encontrar lo universal, entonces el Juicio es solamente *reflexionante*.⁶³

Como ha señalado Alejandro Vigo, en estas líneas Kant perfila una distinción que -si bien parece fundamental- no aparece explícitamente desarrollada en el resto de la *Crítica del Juicio*. Esta circunstancia deja un importante vacío al respecto de cómo puede comprenderse la relación entre estas dos funciones del Juicio⁶⁴, que se dividen de acuerdo con cuál sea el punto de partida desde el que se realiza la mediación entre lo particular y

⁶¹ Vid. supra. 1.2.

⁶² *KrV*, A 132/B 171 y *KU*, Ak. V, 179, respectivamente.

⁶³ *KU*, Ak. V, 179.

⁶⁴ Alejandro Vigo. «Determinación y reflexión», op. cit., 769-70.

lo universal. Por un lado, encontramos que el Juicio realiza una función «determinante» en la medida en que, partiendo de la norma, subsuma en ella un caso concreto; por el otro, que realiza una función «reflexionante» en la medida en que, partiendo de un caso concreto, sea capaz de hallar la norma aplicable a él. Esta oposición, aparentemente sencilla, no está exenta de dificultades para la interpretación, más aun teniendo en cuenta que cuando Kant presenta el Juicio en la *Crítica de la Razón Pura* lo hace atendiendo exclusivamente a la función que en la *Crítica del Juicio* denomina «determinante»⁶⁵.

En realidad, estas dos funciones que Kant asigna al Juicio no se encuentran meramente coordinadas, sino que entre ellas prima la función reflexiva en tanto que toda subsunción de un caso concreto bajo una regla (determinación) presupone irremediabilmente que se ha hallado ya la regla que se va a aplicar a tal caso (reflexión)⁶⁶. Esto se comprende fácilmente en el ámbito del derecho. En cualquier sistema jurídico, los jueces se enfrentan a la tarea de determinar qué es jurídicamente justo de acuerdo al derecho positivamente vigente y para ello cuentan, por un lado, con una serie de elementos fácticos (provistos por la policía judicial, por los testimonios de las partes, etc.) y, por el otro, con determinados elementos normativos en los que consiste su conocimiento experto en tanto que jurista (la *iurisprudencia* kantiana). Pues bien, lo que todo juez se encuentra siempre en el inicio del proceso es un determinado caso concreto sobre el que las partes implicadas no han podido llegar a un acuerdo preprocesal y respecto al cual exigen una resolución judicial. Y, aunque en ocasiones este momento de la actividad judicial pueda pasar inadvertido por la sencillez de algunos procesos, el juez tiene que examinar tal caso para encontrar qué norma va a aplicar, y esto corresponde al papel reflexivo del Juicio, para posteriormente subsumir el caso en cuestión bajo dicha norma (lo que se correspondería con su función determinante). Esto resulta fundamental, pues implica asumir que los casos no se presentan nunca ya *normalizados*, es decir, que incluso en los casos triviales toda subsunción de un caso bajo una norma supone una búsqueda previa de la norma adecuada al caso, precisando entonces de un acto de juicio que, como ha señalado Wieland, no puede ser nunca completamente controlado, es decir, que no puede comprenderse desde los parámetros de seguridad y certeza propios del cálculo⁶⁷.

⁶⁵ *KrV*, A 132/B 171.

⁶⁶ Vid. Alejandro Vigo. «Determinación y reflexión», op. cit., 769, Wolfgang Wieland. «Kants Rechtsphilosophie der Urteilskraft», op. cit., 7-8 y Martínez Marzoa. *Desconocida raíz común*. Barcelona: La Balsa de la Medusa, 1987, 15-9.

⁶⁷ Wolfgang Wieland. «Kants Rechtsphilosophie der Urteilskraft», op. cit., 9.

Pues bien, con esto queda ya claro que para Kant el Juicio que realiza el aplicador jurisdiccional del derecho no puede considerarse una operación *neutra* como la que se expresaría en la mera concreción mecánica y pasiva de la norma a la situación, tal como deseó Montesquieu. La dirección que toma la filosofía kantiana del Juicio en el derecho es bien distinta, lo que se hace especialmente claro en el modo en el que opta por asumir la tesis de la inconmensurabilidad entre el Juicio y la lógica:

La lógica general no incluye absolutamente ninguna norma destinada al Juicio, ni puede incluirla. En efecto, al *hacer abstracción de todo contenido del conocimiento*, no le queda sino la tarea de exponer analíticamente la mera forma del mismo en conceptos, juicios e inferencias, estableciendo así las reglas formales de todo uso del entendimiento. Sólo mediante una nueva regla podría esa lógica señalar, en términos generales, cómo subsumir bajo tales reglas, es decir, cómo distinguir si algo cae o no bajo ellas. Ahora bien, esa nueva regla exigiría a su vez, precisamente por ser regla, una educación del Juicio.⁶⁸

De esta manera, parece que Kant vuelve a oponerse a las ideas de la doctrina tradicional al sostener que los problemas asociados a la vinculación entre lo particular y lo universal no puede resolverse apelando a la lógica, una disciplina dedicada al estudio de la forma de las reglas y de las relaciones que entre éstas puedan existir. Esto tiene una explicación bastante sencilla dado que intentar solucionar el problema de la aplicación por medio de procedimientos lógicos implicaría nada menos que desconocer el verdadero origen de este problema, que no se halla en lo normativo (como pensaron aquellos que creían posible reducir la actividad judicial a una operación pasiva), sino en el espacio vacío que aparece entre lo normativo y lo fáctico. Así, Kant deshace la posibilidad de considerar que las dificultades que encuentran los jueces en la aplicación de las leyes puedan dejarse atrás definitivamente por medio del desarrollo de una técnica legislativa más limpia y depurada que provea al juez de normas más claras o por medio del desarrollo de técnicas de interpretación lógica de tales leyes, pues el problema no es -como decíamos- la regla, sino la distancia ontológica que separa siempre y necesariamente norma y situación⁶⁹.

Lo dicho hasta este punto parece suficiente no sólo para aceptar la hipótesis de que Kant no habría estado de acuerdo con la creencia de su tiempo del juez como autómatas, sino también para hacer surgir un nuevo problema: si la actividad mediadora del Juicio no puede controlarse normativamente (es decir, no puede valorarse por medio

⁶⁸ *KrV*, A 132-3/B 171-2. Vid. Wolfgang Wieland. «Kants Rechtsphilosophie der Urteilskraft», op. cit., 8.

⁶⁹ Vid. supra. 1.3.

de una regla sin que tal valoración pueda quedar sustraída del problema de la aplicación y, por tanto, de nuevo en una situación normativamente incontrolable), ¿significa eso que Kant ha acabado asumiendo una posición plenamente relativista en relación al Juicio según la cual, ante la posibilidad de asociar lo particular y lo universal de diversos modos resultara completamente indecible qué enlace es *correcto*⁷⁰? En otras palabras, ¿existe un vínculo necesario entre el reconocimiento del problema de la aplicación y la asunción de tesis relativistas? A esta pregunta volveremos en el tercer apartado, pero antes transitaremos brevemente por las ideas de Schmitt acerca de la aplicación del derecho con el objetivo de afianzar lo dicho hasta el momento y de desbrozar el camino para resolver la última pregunta planteada.

2.3. Carl Schmitt ante el problema de la aplicación

Una preocupación muy similar a la que llevó a Kant a plantear -aunque fuera implícita o fragmentariamente- la cuestión de la aplicación en el derecho se encuentra también presente en la reflexión jurídica de Carl Schmitt y, concretamente, en lo que él mismo denominó el problema de la «realización del derecho»⁷¹. En el caso de Schmitt sí contamos, como quedó dicho en la introducción, con un escrito de referencia en el que tematiza explícitamente esta cuestión: *Ley y juicio*. Se trata de una obra de un jovencísimo Schmitt publicada en 1912 y que -aunque no ha ocupado un papel central en la interpretación del pensamiento schmittiano- tuvo un cierto impacto en su tiempo, como muestra el hecho de que fuera reseñada por Walter Jellinek (que, a pesar de criticar algunos puntos de su argumentación, la consideró «una excelente contribución a la teoría de la relación entre la legislación y la justicia»⁷²), hijo del reputado teórico del Estado Georg Jellinek. *Ley y juicio* contiene -como ha señalado Montserrat Herrero- una entera

⁷⁰ Esta es la postura de Kelsen (vid. nota 10).

⁷¹ *TP*, II, 30.

⁷² Walter Jellinek. «Reseña de *Gesetz und Urteil*». *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1-2), 1914, 299. Acerca de esta obra de Schmitt existen, por el escaso interés mostrado generalmente en ella, pocos textos de referencia. En castellano pueden consultarse: Jean-François Kervégan. *¿Qué hacemos con Carl Schmitt?* Madrid: Escolar y Mayo, 2011, 110-5; Montserrat Herrero. «Estudio preliminar», op. cit., XLIV-LXIV; Andrés Rosler. «Decisión política y decisión judicial en Carl Schmitt». En: Óscar Mauricio Donato y Pablo Elías González Monguá (comps.). *Carl Schmitt: análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2011, 166-7 y Pedro Pérez Lesserre. «El “otro juez” y la hermenéutica: el ficcionalismo como criterio legitimador de la decisión jurídica». *Revista Chilena de Derecho*, 45 (2), 2018, 363-80.

fenomenología de la decisión judicial que se orienta por la pregunta de cuál es el criterio por el que se determina la corrección o rectitud de la decisión de los jueces⁷³.

Para responder a esta cuestión, Schmitt comienza ubicando metodológicamente su investigación en un espacio que quedaría comprendido entre la facticidad jurídica (cómo deciden en la realidad los jueces) y la idealidad jurídica (cómo deberían éstos decidir), espacio que se presenta en la aseveración de que de lo que se trata en *Ley y juicio* es de «determinar qué decisión debe ser hoy tomada por correcta»⁷⁴. Con este reparo metodológico, Schmitt trata de soslayar dos maneras -que considera unilaterales e insuficientes- de afrontar el problema: por un lado, evita la tentación que se expresa en la falacia naturalista de derivar un criterio normativo para determinar qué decisión es correcta de la constatación de qué decisiones toman actualmente los jueces o de qué decisiones son, de hecho, tenidas por correctas actualmente; pero, al mismo tiempo, procura no asumir una posición idealista que determine el deber ser desde una perspectiva suprahistórica completamente desprendida de la realidad de la *praxis* judicial. Así, de lo que se trata es de explicitar el sentido inmanente de la propia actividad judicial, asumiendo una metodología que ha sido en ocasiones comparada con la hermenéutica gadameriana⁷⁵.

Desde esta perspectiva, Schmitt discute intensamente en los dos primeros capítulos de *Ley y juicio* una manera de comprender el papel del juez en el sistema jurídico que podemos identificar con lo que más arriba hemos denominado «doctrina tradicional», según la cual el criterio de corrección de la decisión judicial consiste en su legalidad, es decir, en la medida en que «se corresponde con el derecho positivo vigente»; de esta manera, serían correctos aquellos fallos judiciales que pudieran presentarse como «el resultado de la subsunción bajo una ley»⁷⁶. Ante esta tesis -que se asocia a una serie de ideas acerca de la «voluntad de la ley» y la «voluntad del legislador» que no es preciso

⁷³ *GuU*, I, 13. Vid. Montserrat Herrero. «Estudio preliminar», op. cit., XXVII-XXXV. Este trabajo es especialmente pertinente para la presente investigación porque destaca el carácter netamente kantiano del modo en el que Schmitt se enfrenta a la cuestión de la *praxis* judicial en tanto que caracterizada como una tarea que opera con el abismo que separa lo normativo-general (leyes) y lo fáctico-concreto (sucesos juzgados) y que sólo puede superarse por medio de una decisión, ofreciendo para justificar esta tesis una lectura de la filosofía kantiana del derecho mediada -al igual que la nuestra- por la interpretación que de ella ofrece Wolfgang Wieland.

⁷⁴ *GuU*, I, 14, vid. I, 13-8.

⁷⁵ Vid. Pedro Pérez Lasserre. «El “otro juez” y la hermenéutica», op. cit., 365-6 y Hugo Herrera. «Comprensión jurídica y hermenéutica en el pensamiento de Carl Schmitt y Hans-Georg Gadamer». *Revista de Estudios Políticos*, 194, 2021, 17-41.

⁷⁶ *GuU*, I, 18-9 y 22, respectivamente. Vid. *GuU*, II, 61.

detallar aquí⁷⁷ - elabora un gran número de argumentos dirigidos, en términos generales, a destacar la inconsistencia de esta manera de pensar la relación entre *ley* y *juicio*. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, la consideración de que la legalidad como criterio de corrección de la decisión judicial no aporta nada, pues sólo es válida para los casos sencillos y evidentes (en los que «la ley prescriba al juez unívocamente juzgar un supuesto de hecho de determinada manera») mientras que la reflexión en torno al criterio para determinar la corrección aparece, precisamente, cuando surgen casos de duda⁷⁸; o la idea de que se trata de un criterio viciado desde su misma raíz, pues Schmitt señala (comenzando a perfilar ya en 1912 una concepción institucionalista del derecho) que el derecho a aplicar por parte del juez no puede reducirse sin más a lo normativo⁷⁹.

No obstante, más allá de estas dos cuestiones que merecerían un mayor análisis en otro contexto, Schmitt plantea dos críticas a la «doctrina tradicional» acerca de la *praxis* judicial que remiten con total claridad al *problema de la aplicación* tal como lo hemos planteado en las secciones anteriores. La cuestión se plantea en *Ley y juicio* por dos vías distintas que terminan por converger en un mismo punto, a saber, el reconocimiento de que la tarea a la que se enfrenta el juez no puede circunscribirse normativamente de manera total en la medida en que la heterogeneidad categorial de los elementos que en ella se ponen en relación lo impide. Estas dos vías que llevan a Schmitt al *problema de la aplicación* son la de la *ley*, por un lado, y la del *juicio*, por el otro.

La vía de la *ley* se inicia tan pronto como Schmitt pone en cuestión un presupuesto nuclear de la concepción tradicional de la *praxis* judicial, a saber, que las leyes proveen al juez de un abanico de normas jurídicas cerradas y enteramente constituidas al margen de la interpretación que el aplicador del derecho haga de ellas y que, en consecuencia, mantendría una relación meramente pasivo-receptiva con dichas normas. Muy al contrario, dice Schmitt, las normas que aplican los jueces no están previamente dadas,

⁷⁷ *GuU*, II, 43 y ss.

⁷⁸ *GuU*, I, 19.

⁷⁹ Dice Schmitt: «[...] sólo una mínima parte de los supuestos que se le ofrecen al juez para dictar sentencia pueden ser resueltos acudiendo al simple y claro contenido de la ley. Sería impensable que se pudiera resumir la *regulación exhaustiva de la realidad multiforme de la vida en unos pocos artículos*, de los cuales simplemente procediera la interpretación de cada caso concreto» (*GuU*, I, 22). En otro contexto, sería interesante tender puentes entre esta tesis y el «pensamiento del orden concreto» que presenta en *ArD*, donde presenta una concepción del derecho según la cual éste se articularía en torno a normas generales, decisiones e instituciones, siendo éstas últimas su núcleo y las dos primeras instrumentos y medios puestos al servicio de dichas instituciones (*ArD*, 253-74). En favor de una lectura continuista entre las diferentes fases del pensamiento de Schmitt, vid. Montserrat Herrero. «Estudio preliminar», op. cit., XXXIV, Roberto Navarrete. «Carl Schmitt y el pensamiento del orden concreto: una crítica de la interpretación decisionista de la teología política schmittiana». *Isegoría*, 52, 2015, 349-64 y Lars Vinx y Samuel Garret Zeitlin. «Introduction. Carl Schmitt and the Problem of the Realization of Law», op. cit., 2).

sino que son construidas por los mismos jueces en tanto que toda comprensión de la ley es ya siempre una interpretación o, en otras palabras, en la medida en que no es posible un conocimiento aséptico de las normas jurídicas⁸⁰. En consecuencia, Schmitt señala que, en realidad, los jueces ocupan una posición completamente activa en el seno del sistema jurídico porque son ellos quienes configuran las normas que aplican al caso concreto, pues éstas no se encuentran encerradas en la simple letra de la ley.

Podría parecer, entonces, que esta caracterización del juez apunta a una disolución de los límites que separan legislación y jurisdicción -y esto es, con toda seguridad, lo que cualquier defensor de la doctrina tradicional en torno a la *praxis judicial* respondería al texto schmittiano- en tanto que el rechazo de la existencia previa a la interpretación de las normas que aplica el juez supone nada menos que éste colabora de algún modo en su elaboración. Sin embargo, en este punto Schmitt vacila y no adopta una posición clara⁸¹.

⁸⁰ *GuU*, I, 22 y II, 54.

⁸¹ Por un lado, Schmitt señala que «El contenido de esa “voluntad” [del legislador o de la ley] que pende sobre el juez es siempre ya el resultado de la interpretación [...]. Todo acto de interpretación es una acción, una síntesis autónoma y creadora de un “legislador”, se trate de una interpretación intensiva o extensiva, de una analogía o de “una prueba *e contrario*”. El legislador se construye, no se reconstruye» (*GuU*, II, 54). Pero, por el otro, afirma también que «Aplicar el derecho no es lo mismo que legislar o interpretar, aunque la interpretación preceda generalmente a la aplicación del derecho» y que «La sentencia judicial se comporta respecto a su fundamentación de un modo diferente a como lo hace la ley respecto de sus “motivos”. No existe equiparación en este punto. Que en los nuevos tiempos se suela asimilar con frecuencia el ejercicio del juez al del legislador, no varía en absoluto la diferencia de principios que existe entre la acción de ambos. Para muchos, ciertamente, las semejanzas en el contenido de la acción y en los procesos psicológicos bastan para hacer desaparecer cualquier diferencia metodológica» (*GuU*, III, 83 y 95, respectivamente). De este modo, Schmitt parece sostener al mismo tiempo que la interpretación del derecho es un requisito para la labor del juez y que tal tarea previa tiene un carácter legislativo, al tiempo que afirma que juzgar un caso concreto no es legislar. Schmitt retorna a esta dualidad en el contexto de la disputa con Kelsen en torno a la justicia constitucional. Por un lado, Schmitt incide en la existencia de una distinción fundamental entre la política (como legislación) y el derecho (como jurisdicción) con el fin de justificar su rechazo de la propuesta kelseniana de defensa jurisdiccional de la constitución, llegando a afirmar que «Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un “caso” “sobre la base de una ley”. La posición especial del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida e individualizable, que es la que se halla ya contenida en la ley» (*HdV*, I, 75). Por otro lado, en el mismo texto Schmitt no duda en señalar precisamente lo contrario, a saber, que resulta imposible distinguir nítidamente entre política y derecho, pues en ambos ámbitos opera siempre «un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma» (*HdV*, I, 89). En cualquier caso, las tesis de Schmitt en este contexto deberían tratarse con cuidado teniendo en cuenta el especial contexto político de la discusión y que, de hecho, el propio Kelsen acusó a Schmitt de contradecirse en su argumentación rechazando y a la vez aceptando la existencia de una distinción cualitativa entre legislación y jurisdicción (*HdVs*, VI, 324-7, vid. Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada. *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. Madrid: Escolar y Mayo, 2019, 235, sobre el debate constitucional Kelsen-Schmitt, vid. 214-75). La cuestión de la posición de Schmitt ante la relación entre legislación y jurisdicción merecería un estudio profundo en otra circunstancia, pues lo que con toda seguridad se esconde ante esta aparente contradicción es una concepción mucho más compleja de dicha relación, pues Schmitt llega a afirmar que «la antítesis entre el juez y el legislador» es «sólo verdadera a medias» (*GuU*, IV, 138-9). Dice a continuación, ofreciendo una buena síntesis de su posición, que no se

En cualquier caso, lo que resulta imprescindible notar aquí es que Schmitt rechaza la concepción del juez como máquina de subsumir, en primer lugar, porque éste no cuenta de entrada con unas normas dadas bajo la que subsumir casos particulares, sino que tiene que buscarlas reflexivamente en un proceso de construcción de la norma que si bien debe tener siempre en cuenta la ley, no puede limitarse a la mera exégesis legal⁸².

Por el lado del *juicio*, la crítica schmittiana se centra en señalar que esta «doctrina tradicional», al asumir que las normas están dadas y que el juez sólo debe hallar la norma presente en la ley, desplaza la pregunta por el criterio de corrección de la *decisión judicial* colocando en su lugar una pregunta por el criterio de corrección de la *interpretación de la ley*⁸³. Con ello, la «doctrina tradicional» implícitamente asume la idea de que, en realidad, el problema de la *decisión* del juez queda inmediatamente resuelto al determinar la correcta *interpretación* de la norma; en otros términos, este planteamiento de la cuestión supone que en la tarea de juzgar casos concretos de acuerdo a normas jurídicas generales sólo aparecen dificultades en el plano de lo general, desconociendo así los problemas asociados a que la actividad en cuestión implica establecer una vinculación entre elementos categorialmente irreductibles. De este modo, lo que destaca precisamente Schmitt es que esta manera de concebir la actividad judicial obvia por principio el *problema de la aplicación* al poner en suspenso lo fundamental: «la relación del precepto jurídico vigente abstracto e inmaculado al caso único»⁸⁴ o la mediación entre lo abstracto general de la norma y lo concreto particular del caso que se somete al veredicto judicial como problema independiente del de la interpretación de las normas. Así, frente a esta manera de comprender la actividad judicial, Schmitt advierte de que «la corrección de la interpretación es un presupuesto de la corrección de la decisión, pero que no la genera»⁸⁵.

deja reducir completamente a ninguna de las dos tesis mencionadas: «El juez no es un legislador. De ello, sin embargo, no se sigue que lo único que exista ante él sea un contenido legal mediado por el filtro de un determinado método de interpretación; más bien se sigue que existen fuera de su subjetividad criterios objetivos aptos para determinar la corrección de su decisión. Al mismo tiempo, de la afirmación de que fuera del derecho positivo existen elementos de objetivo interés para el juez, no se deduce su condición legislativa. El juez no crea derecho, sino que apela al derecho. Permanece sometido al principio de la determinación del derecho. Cuando, al dictar sentencia, el juez fundamenta la determinación del derecho [...] no lo hace como si fuera el legislador o una instancia autónoma, sino como un sujeto que participa en un quehacer cuya fuerza y prospectiva le exceden» (*GuU*, IV, 139-40).

⁸² Ante el temor de ser acusado de ofrecer las bases teóricas para la emancipación de los jueces respecto a su consustancial vinculación a la ley, Schmitt insiste en que de su tesis de que el criterio para determinar la corrección de una decisión judicial no se sigue que el juez quede liberado de su sometimiento a la ley (*GuU*, II, 65-8).

⁸³ *GuU*, II, 49-50.

⁸⁴ *GuU*, II, 50.

⁸⁵ *GuU*, II, 50.

Schmitt, de esta manera, acierta completamente en el núcleo mismo del *problema de la aplicación* al señalar que la dificultad a la que se enfrenta un juez al dictar sentencia es la de poner en relación dos elementos muy diferentes (norma y situación), lo que quizá presenta de forma más precisa unos años después, en el segundo capítulo de *Teología política*:

En toda percepción jurídica se encuentra esa decisión en el más amplio sentido de la palabra. En efecto, todo pensamiento jurídico transfiere la idea del derecho, que jamás se torna realidad en toda su pureza, a un estado de agregación diferente, y le añade, además, un elemento que no se desprende del contenido de la idea del derecho, ni del contenido de una norma jurídica general positiva cuando de su aplicación se trata. En toda decisión jurídica concreta hay un margen de indiferencia hacia el contenido, porque la conclusión jurídica no se puede deducir completamente de sus premisas y porque el hecho de que la decisión sea necesaria es ya, por sí solo, un factor autónomo determinante. [...] [El] interés jurídico por la decisión como tal [...] [se funda] en la misma peculiaridad de lo normativo y nace de que un hecho concreto tiene que ser enjuiciado concretamente aunque el criterio dado para enjuiciar sea un principio jurídico en su mayor generalidad. Media, pues, siempre, una transformación.⁸⁶

En este pasaje puede comprobarse cómo Schmitt plantea con excepcional claridad lo que sólo tras una lenta reconstrucción aparecía en la obra de Kant, evitando al mismo tiempo la vía kelseniano-hartiana que sólo plantea la cuestión al precio de convertirla en un problema de origen lingüístico⁸⁷. La clave para Schmitt -como para Kant- es que la decisión judicial, al poner en relación lo normativo y lo situacional, emplea normas generales para juzgar casos concretos, lo que implica llevar tales normas a «un estado de agregación diferente» al sustraerlas del espacio de generalidad y universalidad al que pertenecen para emplearlas para valorar un caso concreto. Así, lo importante no se jugaría tanto en lo normativo (en el problema de la interpretación), sino en el salto que supone la decisión judicial -y que, en esta medida, constituye plenamente una decisión- al poner en relación universalidad y facticidad. En otras palabras, lo fundamental en punto a la apertura del problema de la «realización del derecho» sería precisamente eso: que en todo *juicio* se encuentra presente una «transformación». Y dicha transformación que se expresa tradicionalmente en la imagen de la subsunción «no puede resolverse con una nueva

⁸⁶ *TP*, II, 31-2. Existe un párrafo análogo en *GuU* que, aunque sea más sintético, es igualmente esclarecedor respecto de la tesis de Schmitt: «El contenido de la ley que se acepta como válido, precisamente porque lo aplica el juez, aparece en una nueva esfera, su función es ya otra; del mismo modo que el resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto se diferencia del contenido abstracto de la ley» (*GuU*, II, 50).

⁸⁷ Vid. nota 9.

subsunción»⁸⁸, es decir, no es controlable normativamente, sino que su corrección debe buscarse en algún otro lugar más allá (o más acá) de la ley, lo que de nuevo redundaría en la tesis schmittiana de que la «legalidad» o la «subsumibilidad» no aporta en absoluto un criterio de corrección para la *praxis* judicial.

Con esto, hemos encontrado una expresión contemporánea de lo que Kant pensó pero que -lamentablemente- jamás llegó a exponer de manera organizada. Y, tras este repaso de algunos textos de Kant y de Schmitt, podemos confirmar desde estas dos posiciones filosóficas tan distantes lo que ya se había previsto desde la misma formulación del problema en el primer apartado del trabajo, a saber, que -empleando ahora la expresión schmittiana- mientras la ley continúe siendo una ley, «no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse»⁸⁹. Este es precisamente el problema que obligó a Kant a introducir, entre norma y situación, el Juicio.

3. ¿Escapar del *problema de la aplicación*? El criterio de corrección del Juicio en Kant y Schmitt

Como se ha mostrado en el apartado anterior, tomar en serio el *problema de la aplicación* conduce inevitablemente a aceptar su carácter insuperable en la medida en que se descubre que su origen no se encuentra en contingencias surgidas en torno al proceso de concreción de normas generales en casos particulares (como la mayor o menor claridad de las normas a aplicar), sino de una necesidad estructural que se despliega siempre y necesariamente cuando pretendemos superar -en el ejercicio de cualquier disciplina práctica: el derecho en el caso que nos concierne- ese hiato que separa norma y situación, ese abismo que encontramos entre dos elementos sustantivamente heterogéneos. Esto se traduciría, en términos kantianos, en el hecho de que entre norma y caso concreto debe mediar siempre la actividad de una facultad humana que ya no es la facultad de las normas (el entendimiento), sino la facultad del Juicio y, en términos schmittianos, que tal determinación de qué sea acorde a derecho para cada caso no puede cerrarse en el ámbito normativo, sino que exige una decisión por parte del juez.

Ahora bien, el reconocimiento de que resulta imposible remontar completamente esa distancia que divide lo normativo y lo situacional por medio de reglas no se traduce

⁸⁸ *GuU*, III, 89.

⁸⁹ *ArD*, I, 259-60.

de ningún modo en que la aplicación de normas a casos concretos -en este caso la aplicación de las disposiciones jurídicas a los hechos traídos al juez- sea radicalmente incontrolable y ajena a cualquier intento de fiscalización. Muy al contrario, tanto Kant como Schmitt consideraron que la imposible normación del Juicio o de la sentencia no traduce el dictado de sentencias judiciales en un acto de arbitrariedad e irracionalidad⁹⁰, sino que cuestionaron -más bien- la idea de que los límites de la racionalidad coincidan sin resto con las fronteras de lo normativo. De este modo, ambos pensadores sostuvieron que la imposibilidad de encerrar el Juicio bajo la rigidez de una norma no impide reconocer la existencia de un cierto criterio que permita determinar la corrección de esa intermediación que caracteriza la actividad judicial entre lo particular del caso y lo universal de la norma.

3.1. La corrección del Juicio en Kant: de la naturalización al *sensus communis*

En Kant, la cuestión del criterio de corrección de la decisión judicial se presenta (en los textos en los que aborda fragmentariamente la cuestión) en términos individual-naturalizantes: sí podrían distinguirse juicios más o menos acertados, y tal diferencia dependería fundamentalmente de en qué medida el juez se encuentre naturalmente dotado para el Juicio. Ahora bien, Kant presenta esta idea en textos que ocupan lugares muy distintos de su pensamiento, lo que explica que haya expuesto esta tesis de dos maneras (aparentemente divergentes, pero reconciliables), haciendo énfasis en dos aspectos distintos.

⁹⁰ Schmitt fue especialmente sensible al problema de la amenaza irracionalista que aparece al poner en cuestión la soberanía típicamente moderna de la norma sobre la decisión y los órdenes concretos, problema al que se tuvo que enfrentar no sólo en relación a sus ideas en torno a la *praxis* judicial en *GuU*, sino también en relación a la teoría política que presenta en obras como *TP* o *BP*. Schmitt nunca aceptó esta interpretación irracionalista de su pensamiento en general. A este respecto es especialmente revelador el prólogo que Schmitt coloca al frente de la segunda edición de *GuU*, publicada en un momento tan tardío de su producción intelectual como 1968. Allí señala, entre otras cosas, que su interés por la decisión había sido fatalmente malinterpretado: «En la violenta polémica contra este punto de vista [que destaca la irreductibilidad de la decisión], la decisión ha quedado desfigurada como un acto de arbitrariedad fantasmagórico, el decisionismo como una “Weltanschauung” peligrosa y la palabra decisión como una expresión ignominiosa y tergiversadora» (*GuU*, 9-10). En este sentido, dice Schmitt en el último capítulo de *GuU*: «Cuando se toma conciencia de que el juez hace algo muy diferente a subsumir bajo leyes, entonces se tiende a poner de manifiesto la vieja contraposición entre intelecto y voluntad, se enarbola el método “voluntarista” e incluso llega a parecer respetable el subjetivismo. [...] En la medida en que desaparece el fantasma de la “subsunción bajo la ley” desaparece también esa confusión. El criterio de corrección de una sentencia judicial no descansa en la subjetividad del juez; más bien es totalmente independiente de él en cuanto individuo. Sobre si una sentencia es o no correcta decide la praxis misma» (*GuU*, IV, 134-5).

Por un lado, en la *Crítica de la Razón Pura* y en *En torno al tópico*, Kant pone el acento en la dimensión estática del Juicio, caracterizándolo como una capacidad natural de la que cada hombre está dotado en una determinada medida:

[...] si bien el entendimiento puede ser enseñado y equipado con reglas, el Juicio es un talento peculiar que sólo puede ser ejercitado, no enseñado. Por ello constituye el factor específico del llamado ingenio natural, cuya carencia no puede ser suplida por educación alguna. En efecto, ésta puede ofrecer a un entendimiento corto reglas a montones e inculcárselas, por así decirlo, tomándolas de otra inteligencia, pero la capacidad para emplearlas correctamente tiene que hallarse en el aprendiz mismo. Ninguna de las reglas que se impongan a éste con tal propósito se halla exenta del riesgo de ser usada inadecuadamente, si falta dicha disposición natural.⁹¹

De este modo, Kant señala la existencia de una distinción fundamental entre el entendimiento y el Juicio: el primero, al ser la facultad de la razón encargada de tratar con normas, puede educarse por medio del aprendizaje de nuevas reglas; en cambio, como el segundo no es una facultad encargada de conocer normas, sino de aplicarlas a las situaciones concretas, éste no podría educarse en este sentido. Y esto por la sencilla razón de que, como ya hemos aclarado, las dificultades que genera la operación de subsunción no pueden superarse por medio de nuevas normas, siempre que se pretenda actuar siguiendo alguna suerte de principio general. Así, Kant sostiene la imposibilidad de desarrollar el Juicio para quien carece naturalmente de él, aunque reconoce al mismo tiempo que allí donde sí existe potencial resulta posible entrenarlo por medio de ejemplos⁹², que Kant describe como un vicio innecesario para el entendimiento (comprensión de las normas), pero imprescindible en tanto que «andaderas del Juicio» para aquellos con una capacidad natural insuficiente⁹³.

No obstante, en otros lugares como su *Antropología en sentido pragmático* o en la *Metafísica de las costumbres*, Kant presenta una concepción del Juicio más dinámica en la que se enfatiza su posible desarrollo con el transcurso del tiempo. En este sentido, señala precisamente que a tal facultad «no se la puede instruir, sino que sólo se la puede ejercitar; por eso, su crecimiento se llama madurez, y [se lo llama] aquel entendimiento

⁹¹ *KrV*, A 133/B 172. En *TuP* afirma: «[...] puede haber teóricos que nunca en su vida sean capaces de convertirse en prácticos, porque carecen de discernimiento [Juicio]; tal es el caso, por ejemplo, de médicos o juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo han de conducirse a la hora de dar un consejo» (Ak. VIII, 275).

⁹² Vid. *KrV*, A 133/B 172 (nota).

⁹³ *KrV*, A 134/B 173.

que no llega sino con los años»⁹⁴. Y en su filosofía del derecho, amparándose en esta manera de pensar el Juicio, Kant ofrece una interesantísima justificación de dos aspectos consustanciales del funcionariado civil moderno, a saber, la prohibición de que el soberano separe discrecionalmente de sus puestos a los funcionarios y la apertura de los cargos superiores de la función administrativa a los servidores del Estado que ocupan los puestos inferiores:

En lo que respecta a un cargo o empleo público la cuestión que se plantea es la de si el soberano, según le parezca a él, tiene derecho a remover del cargo a aquel al que se lo concedió (sin que haya habido ningún tipo de delito por parte de este último). Mi respuesta es que no. Pues lo que la voluntad unida del pueblo nunca decidirá sobre sus funcionarios públicos, eso tampoco puede decidirlo sobre los funcionarios quien manda en el Estado. Pues bien, no cabe duda de que el pueblo (que es quien ha de correr con los costes que le va a suponer el poner un funcionario) quiere que ese funcionario esté plenamente a la altura de los asuntos que se le han encomendado; pero ello no puede suceder si no es mediante una preparación y aprendizaje del funcionario, que se prolongue durante un tiempo suficiente, durante el cual está perdiendo el tiempo que él hubiera podido emplear en aprender otro oficio o en ejercitarse en otro tipo de actividad, que le hubiese permitido ganarse la vida. Por lo tanto, el cargo sería regularmente ocupado por gente que carecería de la idoneidad exigible y que no habría adquirido la madurez de juicio que sólo se alcanza mediante el ejercicio; todo lo cual es contrario a la intención del Estado, la cual también exige que los funcionarios vayan ascendiendo de los puestos más bajos a los más altos (porque, si no, estos puestos más altos vendrían a caer en manos de puros incompetentes), y, por tanto, el funcionario, mientras viva, ha de poder contar con que no le van a faltar los medios con los que vivir.⁹⁵

Aquí el argumento de Kant consiste en lo siguiente. En primer lugar, se parte del principio regulador nuclear de la filosofía del derecho kantiana de que *lo que el pueblo no puede decidir para sí mismo, tampoco puede decidirlo el soberano*⁹⁶. Sostiene, a continuación, que el pueblo quiere que las tareas asociadas al Estado sean desarrolladas por personas capacitadas para ello. Después, señala (y aquí es donde operan sus consideraciones en torno al Juicio) que están capacitadas aquellas personas que, por un lado, han dedicado un tiempo suficiente a prepararse para el cargo (educación mediante la adquisición de

⁹⁴ *ApH*, Ak. VII, 199.

⁹⁵ *MdSI*, Ak. VI, 328.

⁹⁶ Este principio opera en numerosos lugares de la filosofía jurídica de Kant, como *MdSI*, Ak. VI, 328-30 (de donde se extrae el caso que estamos comentando), *TuP*, Ak. VIII, 304 y *ZeF*, Ak. VIII, 350 (nota). Sobre la centralidad de este principio en la filosofía kantiana, vid. María José Callejo Hernanz. «¿Acaso podría un pueblo imponerse a sí mismo semejante ley?». Consideraciones sobre el concepto de democracia y el anacronismo o actualidad de la “fe política” de la Ilustración». En: Luis Alegre y Eduardo Maura (eds.). *¿Qué es la Ilustración?* Madrid: Escolar y Mayo, 2017, 65-107.

normas generales) y, por el otro, han realizado tales tareas durante algún tiempo, desarrollando «el juicio maduro que se logra mediante ejercicio» (maduración). Concluye, en consecuencia, la imposibilidad de que el soberano destituya a los funcionarios y la necesidad de que a los funcionarios que ocupan los puestos inferiores de la administración del Estado se les permita optar a cargos superiores.

Si bien los fragmentos presentados hasta el momento son suficientes para afirmar que Kant no asume que la necesaria mediación del Juicio entre lo universal y lo particular implique *per se* la aceptación de ningún tipo de irracionalismo e indiferentismo en lo que respecta a los resultados del Juicio, también resulta preciso señalar que los textos citados dibujan una figura extremadamente parcial de la reflexión kantiana en torno al criterio de corrección del Juicio. En otras palabras, si bien los pasajes analizados hasta el momento son suficientes tanto para hacer explícito el reconocimiento kantiano del problema de la aplicación como para hacer constar el rechazo kantiano a la idea de la total arbitrariedad del Juicio, no bastan para describir el criterio (no normativo) del Juicio que se perfila en la filosofía kantiana.

Profundizar en este aspecto de la cuestión nos obligaría a abandonar el camino elegido para estudiar el problema de la aplicación en Kant para emprender un estudio exhaustivo de la *Crítica del Juicio*. Como esto no resulta aquí posible, tal como se dijo en la introducción, nos limitaremos a realizar un brevísimo comentario del conocido §40 en el que Kant elabora la noción del *sensus communis*⁹⁷. Allí, dice Kant:

[...] por *sensus communis* ha de entenderse la idea de un sentido *que es común a todos*, es decir, de un Juicio que, en su reflexión, tiene en cuenta por el pensamiento (a priori) el modo de representación de los demás para atener su juicio, *por decirlo así* a la razón total humana, y, así, evitar la ilusión que, nacida de condiciones privadas subjetivas, fácilmente tomadas por objetivas, tendría una influencia perjudicial en el juicio. Ahora bien: esto se realiza comparando su juicio con otros juicios no tanto reales, como más bien meramente posibles, y poniéndose en el lugar de cualquier otro, haciendo sólo abstracción de las limitaciones que dependen casualmente de nuestro juicio propio [...]. Ahora bien: quizá parezca esa operación de la reflexión demasiado artificial para atribuirle a la facultad que llamamos sentido común, pero es que lo parece así sólo cuando se la expresa en fórmulas abstractas; nada más natural en sí que hacer abstracción de encanto y de emoción cuando se busca un juicio que deba servir de regla universal.⁹⁸

⁹⁷ Vid. Alessandro Ferrara. *La fuerza del ejemplo*, op. cit., 48-53 y 73-8 y Hannah Arendt. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, op. cit., 84-6 y 120-37.

⁹⁸ *KU*, §40, Ak. V, 293-4.

Podemos leer este pasaje como una propuesta del *sensus communis* como el único criterio posible de corrección del Juicio. Los textos citados más arriba nos habían llevado a señalar que Kant pensaba que la capacidad de realizar juicios correctos dependía de una cierta dotación natural. Ahora bien, tal presentación de la cuestión puede ser útil para señalar la imposibilidad de que sea posible *aprender* a juzgar como se aprenden reglas, pero, en la medida en que se limita a señalar que la incapacidad para juzgar no es superable normativamente, no dice nada acerca de lo fundamental, a saber, qué distingue un juicio correcto de un juicio incorrecto. Las consideraciones naturalizantes de Kant no presentan, de este modo, ningún tipo de criterio de corrección del Juicio. Para descubrir tal criterio, resulta preciso acudir a la idea del *sensus communis*.

Pues bien, la propuesta del *sensus communis* supone vincular la corrección del Juicio a la superación de los condicionantes subjetivos que pueden determinar el modo en el que se enlaza lo universal y lo particular. Tal corrección se hace depender, entonces, de la capacidad de abstraerse de la propia posición desde la que se enuncia el juicio, de poner entre paréntesis todas las circunstancias particulares que pudieran determinar parcialmente mi juicio. Sobre esta idea resulta preciso señalar, al menos, los siguientes puntos: (1) Kant considera que no es realmente posible escapar de la propia situación en la que se encuentra uno mismo para enjuiciar desde un lugar vaciado de condicionantes de cualesquiera índole, por lo que ponerse «en el lugar de cualquier otro» consistiría más bien en un ejercicio ficticio que se expresa en la idea de la comparación de juicios; (2) ahora bien, tal comparación de juicios podría considerarse ficticia también en la medida en que no comporta una comparación entre varios juicios reales, sino entre mi propio juicio y otros juicios «meramente posibles» y (3) esta huida respecto a la comprensión de la corrección del juicio en términos de comparación de los diferentes juicios reales (como una simple «media» empírica) define un tipo de objetividad completamente sustraída de *ser*, en el sentido de que presenta como horizonte último un *sensus communis* no limitado por condición empírica ninguna, sino tan sólo por la «razón total humana». Esta pretensión de radical universalidad podría explicar por qué en contextos ajenos a la *Crítica del Juicio* Kant parece delinear una comprensión naturalizante del juicio: tales referencias a una capacidad naturalmente dada a cada individuo en diversa medida podrían servir para enfatizar lo que más importa a Kant, a saber, que la capacidad de juzgar no puede quedar determinada por circunstancias contingentes (cultura, país de origen, época...), sino tan sólo por un elemento individual que se proyecta inmediatamente hacia la universalidad de la «razón total humana», sin depender en modo

alguno de las diversas capas de pertenencia social y comunitaria de la que participa todo hombre real y concreto.

Sobre esta cuestión podría profundizarse todavía mucho más, pero tal trabajo correspondería como ya se ha dicho a futuras investigaciones. Debería bastar aquí apuntar a una sola cuestión, a saber, que si bien resulta evidente por lo dicho anteriormente que la pregunta por las condiciones de posibilidad de la corrección de un juicio no puede responderse apelando a ninguna suerte de norma o regla del Juicio, tampoco parece posible derivar tal criterio de ninguna otra cualidad de la razón en un estado de aislamiento. En otras palabras, si existe en la filosofía kantiana un modo de determinar la corrección de los juicios depende única y exclusivamente de la medida en que las diversas razones particulares, subjetivamente condicionadas y finitas, transiten del monólogo al diálogo. La adecuación del Juicio a la cosa juzgada tiene, en fin, como condición de posibilidad el espacio de intersubjetividad que abre el diálogo racional⁹⁹. Sobre esta idea kantiana diremos algo más en la conclusión, una vez expuesto el contrapunto schmittiano que construye una propuesta basada también en la intersubjetividad, pero desde unos fundamentos radicalmente distintos.

3.2. La corrección de la decisión judicial en Schmitt: la apelación al «otro juez»

En el pensamiento de Schmitt encontramos un interés explícito por hallar y describir un criterio de corrección para la decisión judicial, pues tal cuestión constituye el sentido de *Ley y juicio* en tanto que su «pregunta decisiva»¹⁰⁰. La propuesta de Schmitt -que ha sido denominada «ficcionalismo»¹⁰¹- se basa en la idea de que el criterio de corrección asumido por la «doctrina tradicional» (la subsumibilidad de la sentencia bajo las leyes del derecho positivo) apunta correctamente al fin último al que aspira la *praxis* jurídica, que es la «determinación del derecho» y la previsibilidad de las sentencias, pero yerra completamente al intentar satisfacer tal fin por medio del «anhelo del constructivismo racionalista de obtener una prueba lógicamente concluyente»¹⁰². De lo que se trata, en

⁹⁹ La cuestión de la intersubjetividad tiene en Kant una centralidad mayúscula que no siempre ha sido considerada y que, además, se proyecta en buena medida en su reflexión jurídico-política bajo el doble aspecto de la identificación del principio de la publicidad como criterio de lo justo (*ZeF*, Ak. VIII, 381 y ss.) y bajo la forma de una reivindicación de la libertad de pluma y del uso público de la razón (*TuP*, Ak. VIII, 304, *WiA*, Ak. VIII, 36 y ss. y *Cómo orientarse en el pensamiento*. Buenos Aires: Quadrata, 2013, 69).

¹⁰⁰ *GuU*, I, 13.

¹⁰¹ Pedro Pérez Lasserre. «El “otro juez” y la hermenéutica», op. cit., 371.

¹⁰² *GuU*, III, 93.

consecuencia, es de encontrar un criterio para determinar la corrección de las sentencias acorde, al mismo tiempo, a la búsqueda de previsibilidad que caracteriza el sentido de la *praxis* judicial y al reconocimiento de la imposibilidad interna del modelo del juez automático. Tal criterio será el siguiente: «Una decisión judicial es correcta si se puede esperar que otro juez hubiera decidido del mismo modo. Por “otro juez” se entiende aquí el tipo empírico de jurista moderno»¹⁰³. Ahora bien, Schmitt es plenamente consciente de que este no es el criterio que la *praxis* judicial tiene conscientemente como propio (tal criterio sería, más bien, la apelación a la legalidad y la subsumibilidad características de la «doctrina tradicional»), pero señala con alegría -y casi parafraseando el famoso «no lo saben, pero lo hacen» de Marx- que, «por suerte, el método de la *praxis* es mejor que el que la *praxis* tiene como propio»¹⁰⁴.

Schmitt comienza su argumentación señalando que su criterio es coherente con una serie de elementos consustanciales a la *praxis* jurídica actual y que, de hecho, permite comprender su sentido mucho mejor que el criterio de legalidad. En primer lugar, Schmitt se refiere al principio de colegialidad que establece una relación directamente proporcional entre la importancia del caso que se debe juzgar y el número de magistrados que tendría que formar parte del tribunal¹⁰⁵. Este principio resultaría plenamente irrelevante si el criterio de corrección de las decisiones judiciales fuera la legalidad, pues el método de trabajo de los tribunales colegiados consiste en que uno de sus miembros se encarga de estudiar a fondo el caso y de exponerlo ante el tribunal que, en tanto que órgano colegiado, no se encarga de examinar el caso en su totalidad, sino tan solo de discutir los fundamentos de derecho¹⁰⁶. Desde el punto de vista de la «doctrina tradicional», que asume que el contenido de la ley es cognoscible y aplicable pasivamente al caso en cuestión, resultaría superflua la discusión por parte del colegio de jueces. En cambio, desde el punto de vista de la corrección como expectativa de que cualquier otro juez hubiera decidido del mismo modo, el principio de colegialidad resulta fundamental, pues la discusión y el necesario acuerdo a alcanzar entre los magistrados limitaría el

¹⁰³ *GuU*, IV, 99.

¹⁰⁴ Karl Marx. *El Capital: libro primero*. Madrid: Siglo XXI, 1975, 90 y *GuU*, II, 68, respectivamente. Para comprender esta idea resultaría indispensable, en otro contexto, poner en relación las consideraciones que recoge Schmitt en el último capítulo de *Ley y juicio*, donde se ocupa de explicar este criterio, y la concepción compleja del derecho que desarrollará en los años 30, pues -en última instancia- la remisión del criterio de decisión a la *praxis* judicial no es otra cosa que considerarlo a la luz de un orden concreto particularmente organizado internamente en términos institucionales: la judicatura.

¹⁰⁵ *GuU*, IV, 100-1.

¹⁰⁶ *GuU*, IV, 101.

impacto que la personalidad y subjetividad de cada juez genera sobre la resolución del caso, dando lugar a una decisión más previsible y calculable¹⁰⁷.

Del mismo modo, Schmitt sostiene que el principio de fundamentación de las sentencias se entiende mucho mejor desde el criterio de corrección por él propuesto. Schmitt argumenta que la fundamentación de las sentencias judiciales que se ven obligados a realizar los jueces se orienta hacia el objetivo de convencer a otros de la corrección de la decisión¹⁰⁸. En los casos en los que resulta posible la apelación a una instancia superior, tal fundamentación se dirigirá particularmente a convencer a dicha instancia de que el tribunal en cuestión ha resuelto correctamente. Pero, incluso si no existe posibilidad de recurso, el juez o el colegio se ve obligado a fundamentar su sentencia, que se dirigirá entonces a un imaginado «colegio de juristas» compuesto por juristas instruidos extraídos de la *praxis* real y no definidos idealmente¹⁰⁹. Con ello, al verse obligado a razonar su resolución de tal forma que la fundamentación pudiera ser capaz de convencer al jurista tipo de la *praxis* judicial vigente, la decisión judicial se elevaría de nuevo por encima de las particularidades del juez que decide y aumentaría, así, su previsibilidad.

Para fundar la expectativa de que cualquier otro juez hubiera decidido del mismo modo, el juez contaría con diversos elementos que le permiten argumentar y explicar su resolución (precedentes, principios generales, costumbres, normas suprapositivas de diversa índole, materiales preparatorios de la ley, leyes anteriores, etc.), entre los que, desde luego, destaca la ley positiva. Ésta, señala Schmitt, aunque no resulta aceptable como criterio de corrección (por los motivos señalados más arriba), sí ocupa un lugar central en el criterio propuesto dado que la presentación de una decisión judicial como el resultado de una subsunción bajo el contenido del derecho positivo «es el medio más seguro para fundar la certeza de que otro juez hubiera decidido del mismo modo»¹¹⁰. Precisamente este hecho, explica Schmitt, es el responsable de que buena parte de la *praxis* actual considerara que el criterio de corrección de las decisiones es la legalidad, pues de considerar que las decisiones legales son correctas (lo que Schmitt acepta) concluyen que las decisiones correctas son legales¹¹¹, convirtiendo así un medio legítimo para valorar la corrección de las decisiones en un criterio estático y rígido que exige el

¹⁰⁷ *GuU*, IV, 102-4.

¹⁰⁸ *GuU*, IV, 113-6.

¹⁰⁹ *GuU*, IV, 109 y 116-7.

¹¹⁰ *GuU*, IV, 119.

¹¹¹ *GuU*, IV, 121 y 150-2.

monopolio como criterio para juzgar los casos concretos, lo que es radicalmente rechazado por Schmitt. De este modo, la inversión del postulado básico de la «doctrina tradicional» es claro: para el juez «la subsunción bajo una norma [...] no es la conclusión y la meta de los fundamentos de la decisión, sino el medio para la determinación del derecho»¹¹².

4. Conclusiones

Comprender el derecho implica inevitablemente atender a la función del juez. Como se ha mostrado en las páginas precedentes, Kant fue plenamente consciente de que la actividad jurisdiccional tiene un núcleo y una esencia propia que no puede reducirse a la de combinar mecánicamente normas y casos. El juez juzga. Y tal enunciado, lejos de ser tautológico, señala en el universo filosófico kantiano algo que en buena medida ha pasado a ser una obviedad para buena parte de la filosofía del derecho contemporánea, a saber, que dictar sentencia no es una tarea automática y técnicamente reproducible en la que el juez pueda simplemente enunciar a viva voz lo que, en realidad, ya estaría dicho en los elementos que se toman en consideración. Esto, como también se ha tratado de mostrar, no es de ningún modo un descubrimiento que Kant logre en el ámbito del derecho, sino que tiene un carácter netamente metajurídico en la medida en que puede comprenderse como la declinación jurídica de un problema mucho más amplio que -apoyándonos en los trabajos de Wieland- hemos presentado como el problema de la aplicación. Es precisamente la reflexión en ese plano previo al derecho en el que Kant gana propiamente conciencia de que lo que se ha denominado «doctrina tradicional» no es normativamente indeseable, sino que es, en realidad, un verdadero contrasentido. No puede haber deducción pasiva de la resolución a partir de las normas vigentes y de los hechos conocidos porque, en general, no hay manera alguna de poner en relación lo normativo-general con lo fáctico-concreto sin realizar un esfuerzo que supera y desborda la lógica y, por tanto, el tipo específico de seguridad que aporta la deducción. A este respecto, hemos encontrado un interesante apoyo hermenéutico en la reflexión schmittiana acerca de la actividad del juez en la medida en que realiza un trabajo deliberado de crítica de la

¹¹² *GuU*, IV, 132. Siguiendo esta argumentación, Schmitt llega a afirmar la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, la solución jurídica correcta y previsible pueda ser una «sentencia *contra legem*» (esto es, opuesta a la legislación vigente) siempre que, claro está por lo dicho, el juez sea capaz de fundar su decisión de acuerdo a la *praxis* vigente y de ofrecer una fundamentación potencialmente capaz de convencer al resto de jueces (*GuU*, IV, 148-9).

imagen del juez autómatas. Dictar sentencia, hemos visto decir a Schmitt, implica necesariamente *decidir* y transformar los materiales dados. Y si bien para decidir resulta imprescindible apoyarse en normas, no puede haber normas para valorar la decisión. Pero esto no significa que no haya manera de evaluar las resoluciones judiciales, sino tan sólo que el criterio que separa un juicio correcto de uno incorrecto no puede tener un carácter normativo.

Hasta este punto, hemos encontrado en el texto de Schmitt un interesantísimo a la par que inesperado apoyo en favor de las tesis kantianas. Pero a partir de aquí, sus caminos se separan radicalmente dibujando dos concepciones del derecho y de la justicia extraordinariamente divergentes. El contraste entre las filosofías de Kant y Schmitt se ha puesto de manifiesto en el momento en el que se ha planteado -una vez acordado el rechazo de las tesis de la «doctrina tradicional»- dónde podría encontrarse un criterio para valorar los juicios. La propuesta de Kant es la de un universalismo no basado en principios, es decir, en la tesis de que, pese a no contar con reglas aplicables para decidir la corrección de un juicio, tal corrección debe ser determinable desde cualesquiera coordenadas subjetivas y situacionales. Por eso su apelación a la capacidad natural de quien juzga es perfectamente coherente con la idea del *sensus communis* que desarrolla en la *Crítica del Juicio*. En cambio, Carl Schmitt resuelve la cuestión desde un punto de vista claramente comunitarista-institucionalista en la medida en que elabora un criterio para decidir acerca de la corrección de la decisión judicial que no tiene como horizonte la universalidad del *sensus communis*, sino la de un orden concreto, a saber, la de la *praxis* jurídica vigente. Con esto -aunque en términos poco fieles al trabajo metodológico que realiza en *Ley y juicio*- parece que Schmitt acaba identificando en última instancia *lo que se hace* en una determinada institución con *lo que se debe hacer*, vinculando de este modo ser y deber ser y haciéndose, con toda seguridad, merecedor del reproche de Kant, que podría sonar del siguiente modo (utilizando una expresión que García Amado emplea en otro contexto): *cuidado, Schmitt, que «de tanto ser, acaba el derecho por ser nada»*¹¹³.

Este trabajo ha dejado abiertas numerosas vías de investigación que podrían tomarse para ampliar en el futuro las conclusiones aquí alcanzadas. En primer lugar, está claro que un estudio riguroso y detenido de la *Crítica del Juicio* ofrecería resultados imprescindibles para valorar de manera más precisa el modo en el que se plantea en la filosofía kantiana el problema de la aplicación y la manera en la que se evita el peligro

¹¹³ Juan Antonio García Amado. «Filosofía hermenéutica y derecho», op. cit., 199.

relativista por medio del *sensus communis*. Tal trabajo de inmersión en la teoría kantiana del juicio permitiría comprender en mayor profundidad la cuestión y podría resultar especialmente esclarecedor si estuviera acompañado por un análisis paralelo de los textos jurídicos kantianos, especialmente de los *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*.

Por otro lado, también tendría un especial interés poner nuevamente en relación la perspectiva kantiana con la de otros pensadores contemporáneos vinculados a la reflexión jurídica. A este respecto, resultaría especialmente productivo realizar un trabajo de análisis comparativo entre el pensamiento kantiano y la hermenéutica gadameriana, que puede ofrecer también herramientas sumamente útiles para continuar profundizando en las ideas de Kant acerca del Juicio en el derecho.

Finalmente, en un orden de cosas mucho más amplio, considero que este trabajo también ha abierto un nuevo problema que aquí no se ha planteado explícitamente, pero que resulta especialmente importante. Éste podría presentarse adversativamente en los siguientes términos: por un lado, parece claro que podemos concluir que -por decirlo así- la misma estructura ontológica del mundo (o, quizás, de la razón finita humana, aunque esto es lo de menos) que da lugar a la presentación radicalmente escindida de hechos y normas hace inasumible la tesis tradicional de que el juez es tan sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley; pero, por el otro lado, al menos de manera superficial y preliminar parece que todo el aparato filosófico que desde el siglo XVII se ha tratado de desplegar para pensar el Estado de derecho a partir del principio de separación de poderes se asienta, precisamente, sobre una concepción «neutra» o «pasiva» de la actividad jurisdiccional que permite concebir el poder judicial como un poder «nulo». De este modo, la cuestión a investigar a partir de este punto sería la siguiente: ¿es posible pensar la división de poderes y, por tanto, toda la estructura del Estado de derecho, sin asumir la tesis del juez autómatas? Nos enfrentaríamos aquí, de nuevo, a un problema escasamente tematizado por Kant de manera explícita, pues no son demasiados los lugares en los que Kant reflexionó acerca de la división de poderes. Mas no por ello la cuestión tiene una importancia menor. En cualquier caso, a falta todavía de tal investigación, podemos esperar -si asumimos, como considero razonable, que por la manera en la que Kant concibió su propio trabajo intelectual no cabe encontrar contradicciones en sus ideas- una respuesta positiva a la cuestión. Al igual que, como ya se ha mostrado aquí, reconocer el problema de la aplicación no llevó a Kant al indiferentismo kelseniano-hartiano, tampoco creo que de tal reconocimiento se deriven necesariamente elementos suficientes para

hacer caer el Estado de derecho, pues con él caería el derecho mismo y, por tanto, un elemento constitutivo del ser humano en tanto que ser «capaz de tener derechos»¹¹⁴.

5. Referencias bibliográficas.

5.1. Fuentes primarias

DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Traducción de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez. 3.^a ed. Madrid: Tecnos, 2018 [1989].

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I*. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. 8.^a ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999 [1960].

HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 [1961].

KANT, Immanuel. *Antropología en sentido pragmático*. Traducción de Mario Caimi. 1.^a ed. Buenos Aires: Losada, 2009 [1798].

KANT, Immanuel. *Crítica del Juicio*. Edición de Juan José García Norro y Rogelio Rovira; traducción de Manuel García Morente. 1.^a ed. Madrid: Tecnos, 2011 [1790].

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Versión castellana y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo. 2.^a ed. Madrid: Alianza, 2012 [1785].

KANT, Immanuel. *Cómo orientarse en el pensamiento*. Traducción de Carlos Correas. 2.^a ed. Buenos Aires: Quadrata, 2013 [1786].

KANT, Immanuel. «Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?». En: KANT, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Edición de Roberto R. Aramayo; traducción de Manuel Francisco Pérez López y Roberto R. Aramayo. 2.^a ed. Madrid: Alianza, 2013 [1784], 87-98.

KANT, Immanuel. «En torno al tópico: “Eso vale para le teoría, pero no sirve para la práctica”». En: KANT, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Edición de Roberto R. Aramayo;

¹¹⁴ TuP, Ak. VIII, 291.

- traducción de Manuel Francisco Pérez López y Roberto R. Aramayo. 2.^a ed. Madrid: Alianza, 2013 [1793], 193-260.
- KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Introducción, traducción, notas e índices de Pedro Ribas. 4.^a ed. Barcelona: Taurus, 2016 [1781/1787].
- KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Presentación de Antonio Truyol y Serra; edición de Joaquín Abellán. 2.^a ed. Madrid: Alianza, 2016 [1795].
- KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Traducción, introducción, notas y comentarios de Manuel Jiménez Redondo. Valencia: Tirant Humanidades, 2022 [1797].
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducción de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez; presentación de Gregorio Robles. 1.^a ed. Madrid: Tecnos, 2011 [1934].
- KELSEN, Hans. «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?». En: SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Estudio preliminar de Giorgi Lombardi; estudio de contextualización de Germán Gómez Orfanel; revisión de la traducción, anotaciones y bibliografía de Alberto Oehling de los Reyes. 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 2019 [1931], 299-376.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Introducción de Enrique Tierno Galván; traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. 5.^a ed. Madrid: Tecnos, 2000 [1748].
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. Traducción de Francisco Javier Conde; notas y epílogo de José Luis Villacañas. Madrid: Tecnos, 2009 [1922].
- SCHMITT, Carl. «Ley y juicio: examen sobre el problema de la praxis judicial». En: SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Edición, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. 1.^a ed. Madrid: Tecnos, 2012 [1912/1968], 1-178.
- SCHMITT, Carl. «Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica». En: SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Edición, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. 1.^a ed. Madrid: Tecnos, 2012 [1934], 245-315.
- SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Traducción de Rafael Agapito. 2.^a ed. Madrid: Alianza, 2014 [1932].
- SCHMITT, Carl. «El defensor de la Constitución». En: SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de*

la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Estudio preliminar de Giorgio Lombardi; estudio de contextualización de Germán Gómez Orfanel; revisión de la traducción, anotaciones y bibliografía a cargo de Alberto Oehling de los Reyes. 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 2019 [1931],1-298.

5.2. Fuentes secundarias

ARENDDT, Hannah. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Introducción y edición de Ronald Beiner; traducción de Carmen Corral. 1.ª ed. Barcelona: Paidós, 2003.

ARENDDT, Hannah. «La crisis en la cultura: su significado político y social». En: ARENDDT, Hannah. *Entre el pasado y el futuro: ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Traducción de Ana Poljak. Barcelona: Península, 2016, 303-43.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. 1.ª ed. Madrid: Debate, 1993.

BULYGIN, Eugenio. «Los jueces, ¿crean derecho». *Isonomía*, 18, 2003, 7-25.

CALLEJO HERNANZ, Mª. J. «¿Acaso podría un pueblo imponerse a sí mismo semejante ley?». Consideraciones sobre el concepto de democracia y el anacronismo o actualidad de la “fe política” de la Ilustración». En: ALEGRE, Luis y MAURA, Eduardo (eds.). *¿Qué es la Ilustración?* Madrid: Escolar y Mayo, 2017, 65-107.

CASSIRER, Ernst. «Kant y el problema de la metafísica». Traducción de Garzón Valdés. *Ideas y Valores*, 26, 48-49, 1977, 105-29.

CORTINA, Adela. «Estudio preliminar». En: KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Estudio preliminar de Adela Corina Orts; traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 4.ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, XV-XCI.

CUBO UGARTE, Óscar. «La doble naturaleza del derecho en Kant». En: LEYVA, Gustavo, PELÁEZ, Álvaro y STEPANENKO, Pedro (eds.). *Los rostros de la razón: Kant desde Hispanoamérica II. Filosofía moral, política y del derecho*. 1.ª ed. Barcelona: Anthropos, 2018, 173-91.

D’AGOSTINO, Francesco. «Interpretación y hermenéutica». *Persona y Derecho*, 35, 1996, 39-55.

FERRARA, Alessandro. *La fuerza del ejemplo: exploraciones del paradigma del juicio*. Traducción de Gabriela Ubaldini. 1.ª ed. Barcelona: Gedisa, 2008.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. «Filosofía hermenéutica y derecho». *Azafea*, 5, 2003, 191-211.
- GRONDIN, Jean. «El interés de Gadamer por la hermenéutica jurídica». *Actualidad Penal*, 77, 2020, 333-51.
- HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano. «Sobre el carácter jurídico de la razón crítica: logros y perspectivas». *Daimon*, 4, 1992, 55-71.
- HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano. «Kant, una teoría republicana para el Estado moderno». En: ENRIQUE AGUILERA, Rafael (coord.). *Teoría del Estado contemporáneo: análisis desde la ciencia y la teoría política*. México: Porrúa, 2011, 31-49.
- HERRERA, Hugo. «Comprensión jurídica y hermenéutica en el pensamiento de Carl Schmitt y Hans-Georg Gadamer». *Revista de Estudios Políticos*, 194, 2021, 17-41.
- HERRERO, Montserrat. «Estudio preliminar». En: SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Edición, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. 1.ª ed. Madrid: Tecnos, 2012, XV-LXVII.
- JELLINEK, Walter. «Reseña de *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* de Carl Schmitt». *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1-2), 1914, 296-9.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. «El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona». *Teoría y derecho*, 14, 2013, 14-33.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. «Sobre Kant y Kelsen: a propósito de la disputa entre los profesores García Amado y Atienza». *Teoría y derecho*, 27, 2020, 66-81.
- KERVÉGAN, Jean-François. *¿Qué hacemos con Carl Schmitt?* Traducción de Alejandro García Mayo. 1.ª ed. Madrid: Escolar y Mayo, 2013.
- LEBRUN, Gerard. *Kant y el final de la metafísica: ensayo sobre la Crítica del Juicio*. Traducción de Alejandro García Mayo. 1.ª ed. Madrid: Escolar y Mayo, 2008.
- LÓPEZ HERÁNDEZ, José. «La fundamentación del derecho en Kant». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 1992, 395-406.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. «La teoría pura del Estado de Kant». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 36, 2020, 319-345.
- MAKKREEL, Rudolf. «Relating Kant's Theory of Reflective Judgement to the Law». *Washington University Jurisprudence Review*, 6, 1, 2013, 147-160.

- MARTÍN PALLÍN, José Antonio. *¿Para qué servimos los jueces?* Madrid: Catarata, 2010.
- MARX, Karl. *El Capital: libro primero*. Edición, traducción, advertencia y notas de Pedro Scaron. 1.^a ed. Madrid: Siglo XXI, 1975.
- MARZOA, Martínez. *Desconocida raíz común: estudio sobre la teoría kantiana de lo bello*. Barcelona: La Balsa de la Medusa, 1987.
- MIGUEL BÁRCENA, Josu de y TAJADURA TEJADA, Javier. *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. 2.^a ed. Madrid: Escolar y Mayo, 2019.
- NAVARRETE, Roberto. «Carl Schmitt y el pensamiento del orden concreto: una crítica de la interpretación decisionista de la teología política schmittiana». *Isegoría*, 52, 2015, 349-64.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la. *El papel del Juez en el Proceso Civil: frente a ideología, prudentia iuris*. 1.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. «Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural». *Anuario filosófico*, 44, 3, 2011, 543-64.
- PÉREZ LASSERRE, Pedro. «El “otro juez” y la hermenéutica: el ficcionalismo como criterio legitimador de la decisión jurídica». *Revista Chilena de Derecho*, 45 (2), 2018, 363-80.
- PÉREZ LASSERRE, Pedro. «Gadamer y la hermenéutica jurídica: ¿un insumo útil?». *Universitas*, 138, 2019.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 10.^a ed. Madrid: Trotta, 2016.
- ROSLER, Andrés. «Decisión política y decisión judicial en Carl Schmitt». En: DONATO, Óscar Mauricio y GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías (comps.). *Carl Schmitt: análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica*. 1.^a ed. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2011, 149-67.
- SEGURA ORTEGA, Manuel. «El movimiento del Derecho Libre». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, 423-55.
- SGARBI, Marco. *Immanuel Kant: Crítica del Juicio*. Epílogo de Valerio Rocco Lozano; traducción de Jaime González-Capitel. Madrid: Maia, 2011.
- TORRALBA, José M. *Libertad, objeto práctico y acción: la facultad del juicio en la filosofía moral de Kant*. Hildesheim: Georg Olms, 2009.

- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado II: del Renacimiento a Kant*. Madrid: Revista de Occidente, 1975.
- VIGO, Alejandro. «Determinación y reflexión». *Anuario Filosófico*, 37, 3, 2004, 749-95.
- VIGO, Alejandro. «Ética y derecho según Kant». *Tópicos*, 41, 2011, 105-58.
- VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis. *Res Publica: los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Akal, 1999.
- VINX, Lars y GARRET ZEITLIN, Samuel. «Introduction. Carl Schmitt and the Problem of the Realization of Law». En: VINX, Lars y GARRET ZEITLIN, Samuel (eds.). *Carl Schmitt's Early Legal-Theoretical Writings: Statute and Judgement and the Value of the State and the Significance of the Individual*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, 1-36.
- WIELAND, Wolfgang. «Aporías de la razón práctica». En: WIELAND, Wolfgang. *La razón y su praxis: cuatro ensayos filosóficos*. Presentación y traducción de Alejandro Vigo. 1.ª ed. Buenos Aires: Biblos, 1996 [1989], 15-50.
- WIELAND, Wolfgang. «Filosofía práctica y epistemología». En: WIELAND, Wolfgang. *La razón y su praxis: cuatro ensayos filosóficos*. Presentación y traducción de Alejandro Vigo. 1.ª ed. Buenos Aires: Biblos, 1996 [1972], 83-116.
- WIELAND, Wolfgang. «Praxis y facultad del juicio». En: WIELAND, Wolfgang. *La razón y su praxis: cuatro ensayos filosóficos*. Presentación y traducción de Alejandro Vigo. 1.ª ed. Buenos Aires: Biblos, 1996 [1974], 51-82.
- WIELAND, Wolfgang. «Kants Rechtsphilosophie der Urteilskraft». *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 52, 1, 1998, 1-22.
- WIELAND, Wolfgang. «Norma y situación en la ética aristotélica». Traducción de Alejandro Vigo. *Anuario Filosófico*, 50, 1, 2017 [1990], 215-234.

5.3. Fuentes jurídicas

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm 7.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.
- Real Decreto, de 24 de julio, por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206.

6. Anexo: recensión de un libro.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. *El papel del Juez en el Proceso Civil: frente a ideología, prudentia iuris*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012. 140 págs.

Andrés de la Oliva Santos es un reputado jurista español que, a lo largo de su trayectoria profesional, se ha implicado enormemente en el ámbito del derecho en su totalidad, tanto en su vertiente práctica como en su aspecto teórico. Desde el primer punto de vista, De la Oliva Santos ha sido un importante protagonista de la realidad jurídica española, participando en ella, por ejemplo, ocupando el cargo de Vocal en el Consejo General del Poder Judicial y colaborando en la elaboración de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil. En el ámbito de la teoría, ha desarrollado una no menos intensa actividad académica y docente, que actualmente continúa en la Universidad Complutense de Madrid como catedrático de Derecho Procesal. Este aspecto de su trabajo le ha llevado a publicar trabajos de muy distinta naturaleza¹: desde obras dedicadas a la disciplina del derecho procesal (destaca su *Curso de Derecho procesal civil*, publicado en dos volúmenes) hasta la edición de algunas obras que oscilan entre lo estrictamente jurídico y lo filosófico (como *El conocimiento privado del juez* de Friedrich Stein y *Una protesta contra las tasas judiciales* de Jeremy Bentham), pasando por textos de carácter ensayístico en los que su aproximación a los problemas jurídicos presenta un gran interés filosófico (entre los que destacaría «El “Factor humano” en la Justicia», «Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas» o su libro *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*).

En esta última línea, Andrés de la Oliva Santos publica ahora *El papel del Juez en el Proceso Civil*. Se trata de un brevísimo ensayo (de tan sólo 140 páginas) en el que, con gran lucidez y elocuencia, se enfrenta a un problema que ha ocupado enormemente a los expertos en derecho procesal: ¿de qué poderes y facultades resulta preciso dotar al juez para que los procesos judiciales se resuelvan con justicia? Ahora bien, tan pronto como De la Oliva comienza a argumentar descubrimos que su libro está muy lejos de contar con un interés estrictamente técnico-jurídico, pues la elaboración del problema por parte del autor desborda constantemente el ámbito de preocupación de los juristas para

¹ Las referencias de las obras citadas de Andrés de la Oliva Santos aparecen recogidas al final.

interpelar a toda persona preocupada no tanto por qué sea de derecho, sino por qué es el derecho.

Esto no significa, no obstante, que De la Oliva renuncie a la precisión y claridad conceptual exigible a una obra dedicada al derecho. Muy al contrario, el autor de *El papel del Juez en el Proceso Civil* delimita con toda rigurosidad la pregunta: no se trata de discutir acerca de las funciones que debe desempeñar el juez en general (sin distinguir si se trata, por ejemplo, de un caso de lo penal o de lo civil), pero tampoco en la totalidad de los casos que se presentan a la jurisdicción civil, sino algo mucho más modesto, a saber, cuáles deben ser los poderes con los que cuente el juez para resolver los casos civiles «ordinarios», es decir, aquellos en los que se encuentra en juego no un interés público o general, sino tan solo el interés privado de las partes enfrentadas en el proceso. Pues bien, la cuestión que enfrenta entonces De la Oliva en este libro podría presentarse del siguiente modo: ¿qué papel debe desempeñar el juez en aquellos procesos civiles cuyo resultado carezca de interés público?

Para abordar este problema, Andrés de la Oliva Santos despliega una estrategia argumental en dos tiempos. El primer paso consistiría en problematizar el modo en el que los procesalistas se han enfrentado a esta cuestión, dando lugar a una polémica que De la Oliva considera errónea y estéril. Carece de sentido -sostiene el autor- discutir en abstracto, en el plano de los puros principios, sobre el rol que deben desempeñar los jueces y tratar de imponer el modelo que se considere más justo de manera universal y sin atender a las circunstancias que afectan a cada sociedad. La decisión sobre con qué poderes debe contar el juez no puede decidirse de una vez y para siempre, sino que debe someterse a una valoración prudencial para cada caso. De la Oliva sintetiza en el subtítulo de su obra esta manera de comprender cómo debe abordarse el problema del papel del juez: *frente a la ideología, prudentia iruis*. Con esto, De la Oliva realiza una verdadera apuesta filosófica con plena consciencia de que navega a contracorriente en una época del «todo es política» y de las filosofías que sospechan de toda pretensión de hablar desde un espacio no determinado ideológicamente. El autor de *El papel del Juez en el Proceso Civil* considera -manifestando un pleno optimismo acerca de la posibilidad de seguir pensando el derecho como un medio indispensable para la libertad y la justicia, y no sólo como un instrumento del poder- que es posible dialogar racionalmente acerca de qué manera de ordenar los procesos resulta más conveniente, siempre que los interlocutores traten conscientemente de separar su propio posicionamiento político del debate jurídico. Y no sólo lo considera posible, sino que también demuestra la realidad de este principio

mediante un análisis cruzado de las posiciones ideológicas de diversos juristas y sus posturas acerca del papel del juez, en el que demuestra que existen tanto juristas de la misma ideología que se muestran partidarios de modos muy distintos de reglamentar los poderes del juez como juristas muy lejanos políticamente que coinciden en sus planteamiento acerca de los poderes del juez.

En términos estrictamente jurídicos, De la Oliva plantea esta apuesta racional-prudencialista explicando que los principios que permiten ordenar los procesos judiciales serían de dos tipos. Por un lado, se encuentran los principios «jurídico-naturales»: aquellos que responden a la necesidad de evitar la situación de autotutela, que -en la medida en que puede comprenderse como una situación de necesaria injusticia- podría legitimar principios de los que cabría esperar un acuerdo universal con total independencia de las diversas circunstancias particulares de cada tiempo y lugar. Tales principios serían los de audiencia e igualdad entre las partes. Sin embargo, estos principios carecen de interés para la cuestión planteada en *El papel del Juez en el Proceso Civil*, pues a partir de ellos no resultaría posible determinar qué papel debe desempeñar el juez. Este problema dependerá más bien de un segundo tipo de principios que De la Oliva denomina «jurídico-técnicos», que serían aquellos que responden a la necesidad de tutelar con la máxima eficiencia posible el derecho de los hombres y de los que, por tanto, carece de sentido exigir un acuerdo unánime en la medida en que deben ser coherentes con la situación de cada sistema jurídico particular y de la sociedad en la que opera. Tales principios son el principio dispositivo y el principio de oficialidad, que dibujan -respectivamente- un proceso jurídico protagonizado por las partes implicadas y con escasa presencia del juez en términos de determinación de los hechos y de fijación de las normas a tener en cuenta y un proceso en el que se entregan al juez amplios poderes para exigir la realización de pruebas y para determinar por sí mismos qué normas podrían ser aplicables al caso.

De este modo, De la Oliva trata de reconfigurar la pregunta a la que se enfrenta en esta obra de tal modo: ¿de acuerdo a qué principio resulta más justo ordenar los procesos jurídicos, el dispositivo o el de oficialidad? ¿Control del proceso por las partes implicadas o amplios poderes judiciales? Y, en caso por ejemplo de optar por el principio dispositivo, ¿hasta qué extremo se empleará para determinar los poderes del juez? ¿Implicaría sólo reconocer el derecho a las partes implicadas para iniciar el proceso? ¿Se le exigirá a aquel que solicita la tutela judicial una descripción pormenorizada del caso (con la presentación de pruebas y la correspondiente fundamentación normativa de

acuerdo con la cuál reclama el restablecimiento de sus derecho), o bastará con una exposición aproximada del mismo que el juez deberá concretar a lo largo del proceso? Así, la conclusión de De la Oliva consiste en que la manera particular en la que resulta posible articular los poderes del juez en los procesos civiles no puede deducirse simplemente a partir de principios jurídicos, sino que debe intervenir necesariamente un enfoque prudencial. Ahora bien, como De la Oliva rechaza toda pretensión de resolver la cuestión de manera universal, su apelación a la prudencia no le sirve de ningún modo para señalar que una de las dos opciones planteadas (mayores o menos poderes para el juez) es un producto ideológico y la otra un planteamiento realmente prudente. Ambas posibilidades, más bien, pueden defenderse tanto ideológica como prudencialmente, es decir, que ninguna de ellas es rechazable *per se*.

De este modo, el primer tiempo de la argumentación del autor puede resumirse en lo siguiente: no resulta posible deducir qué posición debe ocupar el juez en el proceso de principios universales ni de posiciones ideológicas porque, en ambos casos, se acabaría discutiendo «en el vacío, utópica y ucrónicamente», pues el derecho es, al fin y al cabo, una disciplina práctica que debe ocuparse de alcanzar el mejor de los resultados entre aquellos que sean posibles. Por tanto, la cuestión planteada en *El papel del Juez* debe resolverse asumiendo una actitud prudencial, que sería «el puente entre *lo intelectual* y *lo agible*, entre las ideas y la acción». En síntesis, dice De la Oliva: «El reto no es, por tanto, primordialmente teórico, sino práctico: acertar con el diseño de un *artefacto legal* que, supuesta su adecuación a criterios elementales de justicia [...] permita, *en una sociedad determinada*, conocer y resolver litigios civiles con suficientes garantías de acierto en las sentencias, en un tiempo razonable y con el mejor aprovechamiento de los recursos humanos, siempre limitados en número y calidad, que estén verdaderamente disponibles».

En consecuencia, el segundo tiempo de la argumentación de Andrés de la Oliva consiste, precisamente, en determinar qué factores han de ser ponderados prudencialmente para decidir la cuestión y de concluir, en el caso español, qué modelo resulta más conveniente de acuerdo con tal ejercicio prudencial. Son muchos los factores reseñados por De la Oliva (que despliega en este punto un enorme conocimiento de la realidad jurídica española e internacional): el nivel de presencia de abogados en la sociedad y la frecuencia con que se recurre a ellos; la particular cultura judicial de cada país, que determina la frecuencia con que la población trata de resarcir por medios jurídicos las injusticias que crean que se ha cometido contra ella; todas las cuestiones

relativas al factor humano, como el número de jueces disponibles, la calidad de su formación y la «mentalidad decisoria» (es decir, su tendencia o no a emplear en los procesos los poderes discrecionales que les concede la legislación procesal), etc. Así, teniendo en cuenta cómo afectan todos estos factores a la realidad jurídica española, De la Oliva presenta su propia solución al problema para el caso español (que identifica explícitamente con la ordenación del proceso civil establecida por la Ley de Enjuiciamiento civil vigente, en la que -como se ha dicho- él mismo colaboró): un modelo que -en los casos en los que no está involucrado ningún interés público- coloca el protagonismo en las partes involucradas en el proceso.

No obstante, el interés fundamental que este breve libro de De la Oliva presenta no tiene nada que ver con la conclusión que, tras una muy bien fundada argumentación, alcanza. Lo que resulta esencial de *El papel del juez en el Proceso Civil* es más bien el enorme esfuerzo metajurídico (filosófico, incluso) que realiza su autor en el camino para establecer las coordenadas de la discusión: la reivindicación de la prudencia aristotélica frente a las pretensiones universalistas (que parece identificar con posiciones ideológicas) de alcanzar una solución única al problema. Esta manera de enfrentar el problema resulta sumamente interesante -y de especial relieve para el presente TFM- en la medida en que incide nuevamente en la oposición teoría-práctica en el ámbito del derecho, pues De la Oliva insiste en que la única manera razonable de enfrentar la cuestión de los poderes del juez en el proceso civil consiste en no olvidar que no se trata de una cuestión teórica (en el sentido de resoluble en el ámbito de los meros principios), sino estrictamente práctica (aplicada a lo concreto) y, por tanto, como un acto de creación jurídica, aunque en un sentido muy distinto al que lo es la sentencia del juez. *El papel del Juez en el Proceso Civil* es, en fin, un interesantísimo trabajo en el que se cruza el conocimiento jurídico-positivo y la experiencia jurídica concreta de Andrés de la Oliva con una evidente erudición humanista y un espíritu innegablemente filosófico. Obras como esta demuestran el enorme interés y el gran potencial que presenta el diálogo entre el derecho y la filosofía.

Obras y traducciones de Andrés de la Oliva Santos citadas

BENTHAM, Jeremy. *Una protesta contra las tasas judiciales*. Introducción y comentarios de Andrés de la Oliva Santos; traducción de Guadalupe Rubio de Urquía. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.

- OLIVA SANTOS, Andrés de la. «Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas». *Reforma Judicial*, 4, 2004, 73-9.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la. «El “Factor humano” en la Justicia: hablando claro sobre el tópico “Justicia y Sociedad”». *Ius et Praxis*, 12 (2), 2006, 255-64.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la. *El papel del Juez en el Proceso Civil: frente a ideología, prudentia iuris*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacia y VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho procesal civil I: parte general*. 4.^a ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacia y VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho procesal civil II: parte especial*. 4.^a ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2021.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos. Pamplona: Universidad de Navarra, 1973.