

C. SCHMITT, *Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial*, traducción de Montserrat Herrero, Madrid, Tecnos, 2012, 315 pp.

Carl Schmitt plantea en su libro *Ley y juicio* una pregunta breve y clara, delimitando con ella el problema sobre el que gira su tratado: ¿cuándo cabe decir que una decisión judicial es correcta? ¿Qué decisión debe ser tenida por correcta?

La primera edición fue publicada en 1912, por lo que hace numerosas referencias a leyes existentes en aquella época en Alemania (como las referencias a determinados artículos de la *Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG, de la ley de Enjuiciamiento Civil o del Código Civil Alemán) cuyo contenido ha podido cambiar hasta hoy, pero el contenido de la discusión filosófica es igualmente relevante actualmente. La investigación realizada en esta obra no entra en la cuestión histórica de cómo se ha llegado a la praxis actual, sino que se aspira a precisar qué criterios específicos de corrección o de rectitud son los que rigen la praxis judicial, con la finalidad de llevar el método de la práctica jurídica moderna a una fórmula que dé respuesta a la cuestión: ¿cuándo podemos decir hoy de una decisión judicial que es correcta?

No se trata de una investigación sociológica ni psicológica, sino jurídica, y por tanto no aborda la interacción entre personas ni la especificidad sociológica de la magistratura o la abogacía. Para Carl Schmitt, las tradicionales explicaciones acerca de la interpretación de la

ley para llegar a una decisión judicial se limitan a exponer los métodos de interpretación, tal y como se presentan en el ejercicio cotidiano de la jurisdicción, pero para él no es procedente identificar la pregunta de cuándo una decisión judicial ha sido adoptada correctamente con la cuestión de cuándo ha mediado una interpretación correcta. Asimismo, afirma que la praxis judicial y su corrección no se pueden explicar por referencia a la ley positiva, ni siquiera a la existencia de normas suprapositivas que trasciendan el derecho positivo, y que por ser más flexibles y capaces de adaptarse a los hechos confieran al juez mayor libertad de juicio.

Carl Schmitt sostiene que es inapropiado acudir a la “voluntad de la ley” para encontrar un criterio de corrección adecuado para la sentencia judicial. Para él la praxis judicial pretende identificarse con la aplicación de la ley, invocándose a la voluntad del legislador o a la “voluntad de la ley” como principio legitimador, diciendo que una decisión judicial es correcta cuando ha sido prevista por el legislador o cuando se decide cómo esa voluntad lo hubiera hecho. Sin embargo, para el autor esto se encamina a dilucidar la corrección de la interpretación de dichas “voluntades” por parte del juez, y no, en cambio, la corrección de la decisión en la praxis, la cual se considera “supuesta”, de forma que se identifica la correcta interpretación con la decisión correcta, se iguala la corrección de la interpretación con la corrección de la decisión judicial, que es precisamente lo que pone en duda el autor, ya que según él la corrección de la interpreta-

ción es un presupuesto de la corrección de la decisión, pero no la genera.

La teoría que entiende la “legalidad” como criterio de corrección de una decisión judicial necesita de una doctrina de la interpretación para poder mantener el criterio de la “legalidad”, entendiendo que una sentencia judicial es correcta cuando puede ser subsumida bajo el seguro contenido de las normas. Cuando este procedimiento de subsunción no arroja resultados aceptables, se achaca esa falta a la concepción de la ley y se la intenta modificar hasta que llegue a serlo, pudiendo usarse para ello un derecho libre “suprapositivo”, que puede venir derivado de valores morales o normas culturales, pero esta ampliación del concepto de ley le arrebató a la legalidad su valor como criterio de corrección de la sentencia judicial.

Para Carl Schmitt, bajo la expresión “legalidad” de una sentencia se esconde una maraña de presupuestos indemostrables, presunciones y ficciones que tienen el valor práctico de posibilitar una administración de justicia que se corresponda mejor con las exigencias del tráfico jurídico, de forma que la “voluntad de la ley” no es nada más que una ficción que consiste en interpretar nuestra construcción y su resultado como la verdadera voluntad de la ley. Por ello es necesario buscar un criterio de rectitud específico de la praxis judicial que no sea el de la “legalidad”, un criterio que sólo puede deducirse de una reflexión sobre la praxis judicial misma.

Carl Schmitt considera fundamental para la vida jurídica el hecho de que muchas veces importa más el hecho de re-

gular que el contenido concreto de la regulación, incluso con contenidos que se podrían clasificar como “aleatorios” y cuya elección se debe a un mecanismo casual o a las costumbres existentes. Un ejemplo es la decisión sobre si los vehículos deben circular por la derecha o por la izquierda, que puede ser tomada teniendo en cuenta las costumbres del país, la regulación de los países limítrofes, la presión de la industria, etc., pero en todo caso muestra que lo realmente importante no es que sea por la derecha o por la izquierda, sino que la regulación permita conocer cómo se ordena la conducción en cada país.

Sin embargo, cuando se dice que el contenido de la regulación legal es hasta cierto punto indiferente, se está haciendo referencia a su fin, pero para resolver el problema de la corrección de una sentencia judicial debe tomarse como punto de partida un postulado que resulte eficaz en los hechos, y sólo a partir del postulado de la determinación del derecho se puede llegar a la conclusión de que la praxis judicial debe tener su propio criterio de corrección, algo que quedará legitimado si ese criterio está libre de contradicción y si es aplicable a la totalidad de aspectos de la praxis, un criterio que no puede ser el de “legalidad”, es decir, de la conformidad de una decisión con las fuentes, ni una mera enumeración de los contenidos por razón de los cuales una sentencia determinada quedaría legitimada, ni el criterio de su justicia o conformidad con la cultura o con la razón.

Como fórmula para llegar a un crite-

rio de corrección en la praxis judicial, el autor llega a la siguiente propuesta:

“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”.

Este “otro juez” es el juez normal formado jurídicamente, usando la palabra “normal” en sentido cuantitativo, como media, no como si fuera la caracterización de un tipo ideal, y es totalmente diferente del “legislador” o de la “voluntad de la ley”, que son construcciones ideales cuya realización empírica es imposible. El esperar que otro “juez normal” llegue a la misma decisión asegura que ésta es objetiva, previsible y calculable.

Con esta fórmula también podemos estudiar la importancia de los fundamentos de la decisión judicial, parte esencial de toda sentencia, que la individualiza y que pretenden convencer a ese “otro juez” de que habría decidido del mismo modo, mostrando que la sentencia es previsible y calculable y, además, es coherente con la praxis y “explicable”, y no en el sentido psicológico, sino en el sentido en que la considera explicable la praxis judicial, es decir, en el sentido de que otro juez habría decidido del mismo modo. Cuanto más difícil sea determinar cómo hubiera decidido otro juez, más necesario se hace explicar los fundamentos de la decisión y acumular argumentos. Nótese que ésta fórmula implica la figura del “otro juez” como profesional de la judicatura instruido, por lo que la cuestión

de las sentencias de los jurados queda naturalmente excluida.

Un importante resultado de la aplicación de la fórmula es que el criterio de corrección de una sentencia judicial no descansa en la subjetividad del juez, más bien es independiente de él en cuanto individuo. Sobre si una sentencia es o no correcta decide la praxis misma, que posee un criterio específico para declarar su corrección y es a ella a quien corresponde su definición: una sentencia judicial es correcta si otro juez hubiera decidido del mismo modo. El juez con su subjetividad no crea derecho, sino que apela al derecho y permanece sometido al principio de la determinación del derecho, que es elemento esencial del criterio de corrección de una sentencia y cuyo postulado tiene enraizados tanto el fundamento como el límite de la importancia de los precedentes. El precedente es relevante cuando los contenidos que entran en cuestión para el fallo de la sentencia no son capaces de fundar la suposición de que otro juez hubiera decidido del mismo modo.

Es posible la aplicación de la fórmula también en los casos en los que el juez dicta sentencia contra el sentido literal de la ley. Una sentencia *contra legem* es correcta, como cualquier otra, cuando hubiera sido dictada del mismo modo por otro juez (la totalidad de la praxis). Lo decisivo es siempre la totalidad de la praxis que funda la previsibilidad y calculabilidad de la sentencia. Ello incluye la posibilidad de una variación en la praxis. Es posible que las transformaciones de la vida jurídica modifiquen

también la determinación de lo que se considera que hubiera fallado otro juez.

En conclusión, en esta obra Carl Schmitt propone una fórmula simple como criterio de corrección de una sentencia judicial: una decisión judicial es correcta si se puede esperar que otro juez hubiera decidido del mismo modo. Como el mismo autor reconoce, contra esta fórmula se puede poner la objeción de que no dice nada nuevo, que parte de la praxis y vuelve a la praxis sin elevarse por encima de ella. Incluso el lector moderno podría asimilar dicha fórmula al simple dicho “donde fueres haz lo que vieres”, y creer que para llegar a esa conclusión no se necesita ninguna investigación como la llevada a cabo por el autor. Pero Carl Schmitt llega a esa fórmula y la defiende a través de un elaborado ejercicio de filosofía del derecho, haciendo múltiples referencias a otros autores, instituciones e incluso casos judiciales de la época. Es, sin duda, un ejercicio de “filosofar sobre el derecho” interesante para el estudioso de la filosofía del derecho.

Anne QUEZADO

J. MUÑOZ (Ed.), *Melancolía y verdad. Invitación a la lectura de Th. W. Adorno*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2011, 290 pp.¹

Como mera invitación a la lectura de Th. W. Adorno, este cómputo de artículos presentados en las “Jornadas sobre Adorno” llevadas a cabo del 27 al 30 de mayo del 2008, promovidas por la Universidad Complutense de Madrid, Goethe-Institut y la Fundación Xavier Salas, consigue superar las expectativas del lector adquiriendo un alcance mayor al que apunta humildemente en el subtítulo. No sólo logra inquietar al lector poco familiarizado con la obra del teórico crítico, sino también a aquel que se ha quedado anquilosado en las interpretaciones unilaterales que tuvieron lugar bajo el llamado “cambio de paradigma”, cuyo actor más significativo fue Jürgen Habermas, abandonado de los autoproclamados como “segunda generación de teóricos críticos”. Esta profusión responde al intento de obedecer al imperativo que el propio Adorno hizo suyo en su aproximación al gigante teórico G.W.F. Hegel en *Tres estudios sobre Hegel*, aquél que desdeñaba “la desvergonzada pretensión de señalar al difunto su puesto y, de este modo, colocarse en cierto sentido por encima de él”², en-

¹ Las citas correspondientes al libro reseñado serán introducidas indicando directamente el número de página entre paréntesis dentro del propio texto. El resto de las citas estarán indicadas con una nota a pie de página.

² Adorno, Th. W., *Tres estudios sobre Hegel*, Madrid, Taurus, 1981, p. 15.