

# La inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo como mecanismo degradador de la autonomía privada (Pensamiento jurídico crítico en defensa de la autonomía privada)

*The inclusion of moral assessments and indeterminate concepts in positive law as a degrading mechanism of private autonomy (critical legal thought in defense of private autonomy)*

Joaquim Goncalves Do Espírito Santo\*

\* Abogado (*Summa Cum Laude*), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Titulo de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid, España. Magíster en Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid, España. MBA, Universidad Carlos III de Madrid, España. Maestría en Propiedad Intelectual, Universidad Carlos III de Madrid, España. LLM, Tulane University, New Orleans, Estados Unidos. LLM, University of Illinois at Urbana-Champaign, Estados Unidos. Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas, Universidad Autónoma de Madrid, España. Doctor en Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid, España.

Correo: joaquin goncalves@gmail.com

Recibido: 30 de marzo de 2024 Aprobado: 22 de abril de 2024

## Cómo citar este artículo:

Goncalves, J. (2024). La inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo como mecanismo degradador de la autonomía privada (pensamiento jurídico crítico en defensa de la autonomía privada). *Iustitia* 23, pp. 9 - 32. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i23.3092>

## Resumen

El derecho positivo tradicionalmente se ha esforzado por ser objetivo y basado en reglas claras y precisas. La introducción de valoraciones morales y conceptos indeterminados puede aumentar la subjetividad, lo que podría dificultar la aplicación uniforme del derecho. La introducción de valoraciones morales y conceptos indeterminados conlleva la inclusión de elementos subjetivos que degradan la autonomía privada al dejar a la interpretación de los jueces ciertos aspectos, lo que podría conducir a arbitrariedades o discriminación. La introducción de valoraciones morales y conceptos indeterminados también puede generar incertidumbre jurídica, ya que la falta de definiciones precisas podría dificultar la predicción de las consecuencias legales de determinadas acciones. En conclusión, la inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo tiene aspectos negativos en relación con la autonomía privada, pues afecta los principios fundamentales de certeza y justicia. Por tanto, hoy en día constituye un pensamiento jurídico crítico el defender el formalismo jurídico y evitar la degradación de la autonomía de la voluntad, al impedir la inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo. Pensamiento al cual nos acogemos y tratamos de explicar en este trabajo.

**Palabras clave:** Formalismo jurídico, autonomía de la voluntad, autonomía privada, valoraciones morales, conceptos indeterminados, interpretación del juez.

## Abstract

Positive law has traditionally strived to be objective and based on clear and precise rules. The introduction of moral assessments and indeterminate concepts can increase subjectivity, potentially making the uniform

application of the law challenging. The inclusion of moral assessments and indeterminate concepts involves introducing subjective elements that undermine private autonomy by leaving certain aspects open to judicial interpretation, which could lead to arbitrariness or discrimination. Furthermore, the introduction of moral assessments and indeterminate concepts may also create legal uncertainty, as the lack of precise definitions could hinder the prediction of the legal consequences of certain actions. In conclusion, the incorporation of moral assessments and indeterminate concepts in positive law has negative implications for private autonomy, affecting fundamental principles of certainty and justice. Therefore, nowadays, advocating for legal formalism and preventing the degradation of the autonomy of the will by resisting the inclusion of moral assessments and indeterminate concepts in positive law is considered a critical legal perspective. This is a perspective to which we adhere and seek to explain in this work.

**Keywords:** Legal formalism; autonomy of the will; private autonomy; moral assessments; indeterminate concepts; and judicial interpretation.

# **La inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo como mecanismo degradador de la autonomía privada (Pensamiento jurídico crítico en defensa de la autonomía privada)**

*Joaquim Goncalves Do Espírito Santo*

## **Introducción**

Este trabajo trata sobre el riesgo que conlleva para el sistema jurídico la inclusión en el derecho positivo de valores y pautas morales. Igualmente, trata sobre el riesgo de fundamentar la vigencia y eficacia de ciertos derechos en conceptos de carácter indeterminado (tales como el del interés general, el derecho a la cultura, la dignidad humana, el honor, la igualdad, etc.), permitiendo al juez que, de este modo, aplique sus propios principios morales al caso que se le ha planteado. Todo esto, lo cual va en desmedro del principio de la autonomía privada.

El permitir al juez, en el ejercicio de su proceso de interpretación y aplicación del derecho, fundamentar su decisión en conceptos de carácter indeterminado extienden el poder interpretativo del juez y lo convierten en un legislador. El juez basado en conceptos indeterminados puede hacer que el derecho se aplique de acuerdo con sus convicciones morales, políticas, religiosas o cualquier otro tipo de razonamiento. La inclusión de valores y conceptos de naturaleza ambigua e indeterminada en el derecho positivo constituyen los instrumentos perfectos para que el juez, sin ningún temor y pudor, pueda aplicar sus convicciones personales, de tipo moral, religioso y político en su función juzgadora. Por tanto, el mismo legislador está confiriendo las herramientas para que los jueces invadan la competencia del propio poder legislativo en su labor de producción de normas.

El legislador pretende que valores morales (como el respeto a la dignidad, la protección del interés general, el derecho a la vivienda, a la cultura, etc.) se cristalicen en el ordenamiento jurídico positivo integrándolos como derecho, exigible en un plano formal. Por consiguiente, lo que se debe entender por dignidad humana, por ejemplo, y otros conceptos indeterminados, no debería depender del alcance y contenido que les confiera el juez a tales conceptos, el cual, en virtud de la amplitud interpretativa que ofrecen tales expresiones podrá, en un mayor o menor grado, aplicar y darles efectividad a sus propias convicciones morales.

Este riesgo radica en que, a diferencia del legislador que promulga leyes con el consenso parlamentario representando a la población, el juez individualmente pue-

de crear derecho basándose en sus convicciones morales, al margen de la voluntad popular, a pesar de tener el deber de ser un mudo que solo puede manifestarse con la palabra de la ley. Esto no solo afecta la seguridad jurídica, sino que también puede llevar a que el juez aplique convicciones contrarias a la mayoría de la población.

Además, se examina cómo esta situación afecta la seguridad jurídica de cualquier sistema legal en un estado de derecho. Se plantea la cuestión de si el juez puede ser un creador del derecho al interpretar términos ambiguos integrados por el legislador. Sobre este tema surgen diversos cuestionamientos, tales como los siguientes: ¿está el juez obligado a seguir ciertas formas en su proceso de aplicación y de interpretación del derecho?, ¿el juez debe atenerse a las formas o más a la sustancia? Se argumenta que el juez debe seguir un método formal y técnico de interpretación y aplicación del derecho, evitando analizar el contenido ético de la norma, ya que esa es la función del legislador. Lo cual, a primera vista, la labor del juez se debe limitar a determinar las lagunas del derecho positivo y sus contradicciones.

Se critica la tendencia de algunos doctrinarios que abogan por dar más libertad a los jueces en la elección de criterios para resolver conflictos jurídicos, permitiendo una interpretación más amplia. Llevándolo, generalmente, a cabo a través de una mediación valorativa del juzgador en su proceso de aplicación del derecho. Ya que esta tendencia puede llevar a una degradación del principio de autonomía privada, puesto que el juez puede aplicar principios morales sobre la autonomía de la voluntad. Las expresiones de tipo indeterminado y de carácter ambiguo, como el respeto a la dignidad humana, el derecho al honor, a la igualdad, a la imagen, etc., son conceptos abiertos de cuya interpretación el juez puede hacer uso para aplicar sus convicciones morales en contra de las pautas acordadas por las partes en sus relaciones contractuales de carácter privado. El dejar el derecho privado a la merced de términos imprecisos, cuyo contenido puede variar de acuerdo con los principios morales del juez que esté decidiendo el caso, y esto pone en riesgo la existencia de dicha rama del derecho. No en vano, muchos autores afirman que los derechos humanos y el derecho constitucional están inundando el derecho privado (Coderch, 1997). Con lo cual hace que se pierda la estabilidad de los vínculos contractuales y pactos celebrados, pues los mismos pueden verse fácilmente rotos por el criterio indiscriminado de un juez, que al tener en sus manos términos de carácter ambiguo, pueden considerar que un contrato es nulo por ser contrario a la dignidad humana. Este exceso vertido de derecho público (derechos fundamental y constitucional) en el ámbito del derecho privado está produciendo como resultado una gran inseguridad jurídica, elemento que es de fundamental importancia en el proceso comercial moderno.

En última instancia, en este artículo se resalta la inseguridad jurídica resultante de la inclusión de expresiones ambiguas en el derecho privado, lo que puede llevar a la ruptura de vínculos contractuales. El artículo concluye enfocándose en la necesidad de resolver el papel del juez en la interpretación y aplicación del derecho y cómo manejar los espacios valorativos en este proceso. Se busca esclarecer cómo debería

actuar el juez en su función y cómo utilizar las herramientas de interpretación que le brinda el derecho. En este trabajo analizaremos el problema que conlleva el empleo por parte del legislador de expresiones indeterminadas en el derecho positivo. En conclusión, todos estos planteamientos nos llevan a la necesidad de resolver el problema de cuál debe ser el papel del juez en su procedimiento de interpretación y aplicación del derecho y cómo debe actuar ante los espacios valorativos de que, inevitablemente, dispone en el proceso de interpretación y aplicación del derecho. Cuestiones estas que pretendemos abordar en el presente trabajo.

No aspiramos, pues, a otra cosa que recorrer caminos que sirvan para aclarar cómo debe ser la actuación del juez en su función juzgadora y como debe el juez hacer uso de las herramientas metodológicas de interpretación que le confiere el derecho. Si algún resultado se desprende de este trabajo a esos efectos me daré por satisfecho por modesto que aquel fuere.

## **Los Conceptos Indeterminados como Mecanismo de Incorporación de Pautas de Valoración Personal**

La doctrina que apoya la inclusión de términos abiertos, variables o imprecisos en el derecho positivo, como el de dignidad, interés general, honor, cultura etc., son partidarios de la tendencia finalista o antiformalista de la interpretación del derecho, ellos se basan en el “sentido” de la norma y no en el texto escrito (Greppi, 2001). Ellos parten de la realidad, de los fines y necesidades de la vida social, espiritual y moral, considerados como valiosos. La tendencia antiformalista se pregunta: “¿cómo debo manejar y moldear el derecho, para dar satisfacción a los fines de la vida?” Y, ajustándose a estos fines, resuelve las innumerables dudas.

La perspectiva antiformalista en la interpretación legal, a diferencia del formalismo, adopta una actitud más flexible o permisiva al considerar no solo criterios estrictamente jurídicos, sino también criterios metajurídicos. En este sentido, los juristas antiformalistas actúan de la siguiente manera: si los criterios jurídicos producen resultados justos y socialmente adecuados, aplicarán los criterios específicamente jurídicos. Sin embargo, si los criterios jurídicos no logran estos resultados, recurirán a criterios metajurídicos que les permitan apartarse de la ley para alcanzar una solución más lógica (Greppi, 2001). El principal objetivo de los juristas antiformalista es descubrir y justificar los intereses legalmente establecidos, así como declarar y justificar la jerarquía de los intereses si existen múltiples. La escuela o doctrina que mejor encarna esta tendencia es la “Jurisprudencia de Intereses”. Su idea central es que la ley sirve para resolver conflictos de intereses, y el juez debe interpretarla con un enfoque teleológico (Greppi, 2002).

La postura antiformalista es sostenida por diversas tendencias de la filosofía del derecho, entre otras cabe mencionar, la sociología jurídica, el realismo americano, el análisis económico del derecho, los nuevos iusnaturalistas, entre otros.

## Aplicación de los Criterios Personales y Morales del Juez a Través de los Conceptos Indefinidos

Es importante destacar que tanto los formalistas como los antiformalistas aceptan el principio de sujeción a la ley. Sin embargo, en los casos difíciles (*hard cases*) se plantea el problema de considerar qué significa decidir con sujeción a la ley. Las teorías antiformalistas se postulan como teorías dirigidas a orientar a los jueces en la solución de los “casos difíciles”, empleando una expresión de origen anglosajón (*hard cases*) que, como tantas otras, ha hecho moda entre nosotros sin saber muy bien por qué. Para los juristas antiformalistas basta con justificar la solución adoptada o que el juez agregue un criterio de valoración personal con el objeto de lograr un fin utilitarista o la aplicación de justicia.

Por casos difíciles deben entenderse, en principio, aquellos para los cuales no existe una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento. Sin embargo, cuando una analiza la postura de los antiformalistas con más detalle, se percibe que la “lista” de los llamados *hard cases* va más allá de lo que la formulación inicial da a entender. Se incluyen, como casos difíciles típicos los provocados por la presencia de una laguna legal, ambigüedad en la normativa, contradicción manifiesta u oculta, delegación al juez para la interpretación de la norma, como suele ocurrir con las cláusulas generales, etc.

Pero aquí es donde radica la complejidad, los antiformalistas amplían el concepto de casos difíciles para incluir aquellos escenarios en los que, aunque exista una norma precisa y no abiertamente modificable, esta sea altamente cuestionada en el ámbito práctico debido a su escasa razonabilidad. Entendiendo por razonabilidad, entre otros argumentos, y dependiendo de la escuela antiformalista que se trate, el carácter injusto de la norma, la falta de eficiencia económica frente al análisis económico del derecho, su distanciamiento a la realidad social (realismo jurídico norteamericano), entre otros. De todo ello se puede concluir que la teoría jurisprudencial sostenida por los antiformalistas acaba siendo considerada aplicable tanto a los casos para los que el ordenamiento no cuenta con una respuesta “inequívocamente programada”, como para aquellos otros en los que la hay, pero genera fuertes debates en la práctica debido a su escasa justificación lógica (Greppi, 2001).

De hecho, pues, los que apoyan la incorporación en el derecho positivo de términos ambiguos y abiertos postulan sobre todo una teoría de la interpretación del derecho, dirigida a guiar, la decisión del juez en aquellos espacios que, en el proceso de aplicación de la ley, siempre precisan, en una u otra medida, la mediación valorativa del juzgador. Sus puntos de apoyo preferidos son los espacios valorativos abiertos. Las cláusulas generales, los conceptos jurídicos no plenamente definidos como son los “tipos”. Esos conceptos valorativos “abiertos” son las fisuras de la dogmática jurídica por las que tratan de penetrar los antiformalistas.

En los sistemas jurídicos de derecho civil, los llamados *hard cases*, en sentido amplio, son los Caballos de Troya, a través de los cuales intenta la incorporación en el derecho positivo de términos ambiguos y abiertos atravesar las murallas que le opone la dogmática y penetrar en las fronteras del derecho. Es importante señalar que las lagunas del derecho ofrecen una oportunidad de oro al juez para favorecer una reconstrucción de aquél con arreglo al valor particular del juez, valiéndose del instrumento tradicional de la interpretación complementadora o integradora de la ley o del contrato, solo que, aplicado con otra mentalidad algo distinta a la habitual, distinta a la dogmática.

En los casos difíciles los antiformalistas aconsejan al juez que resuelva con arreglo a un criterio de valoración propia que esté dirigido a alcanzar los intereses deseados, independientemente que esos intereses sean contrarios a los postulados por el legislador al momento de promulgar la norma jurídica. Esta será la pauta de evaluación que el juez debe seguir en su labor de interpretación, integración y aplicación judicial del derecho. Incluso, en teoría, estaría el juez facultado para decidir *contra legem*, cuando esta fuera una ley desacreditada, por ser contrario a los intereses valorativos del juez (Greppi, 2002).

Como se observa de lo anterior, la incorporación en el derecho positivo de términos ambiguos y abiertos es una metodología jurídica filosófica que tiene una gran virtud, genera inseguridad jurídica.

### **Incorporación de Conceptos Indefinidos en las Relaciones de Carácter Privado**

La inclusión de estas expresiones abiertas (tales como dignidad humana, moral, honor, etc.) a nivel constitucional y legal, también tiene su impacto a nivel del derecho privado. Ahora se comprende que los derechos fundamentales no son meramente derechos de defensa frente al Estado, sino normas que regulan la vida social. Por lo tanto, los contratos del derecho privado no pueden entrar en conflicto con estos derechos (Escudero, 2004).

Ejemplo de lo anterior ha sido lo ocurrido en Alemania. El Tribunal Constitucional Alemán ha declarado que, en virtud de su desarrollo histórico, los derechos fundamentales son, sin duda, derechos de defensa del particular frente al Estado; ahora es igualmente incuestionable que la ley fundamental, que no busca ser un ordenamiento valorativamente neutral, ha establecido un conjunto objetivo de valores en su capítulo de derechos fundamentales, lo que representa un fortalecimiento esencial de su aplicación. Este sistema de valores, centrado en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad dentro de una comunidad social, debe regir en todos los ámbitos del derecho; el legislador, la administración y la jurisprudencia reciben directrices e impulsos de él. Por supuesto, también influye en el derecho civil; ningún precepto jurídico-civil puede entrar en contradicción con él; cada uno debe ser interpretado de acuerdo con su espíritu (Coderch, 1997).

Según esta postura, la legislación de derecho privado debe ser interpretada también a la luz de los derechos fundamentales. “Los derechos fundamentales irradian al derecho privado, especialmente a través de puntos de penetración como las cláusulas generales” (Von Munich, 1997). Esta doctrina de la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito privado destaca que “el respeto y la protección de la dignidad humana vinculan a todos los poderes públicos” (Coderch, 1997). Además, se argumenta que, en un estado de derecho donde el Estado detenta el monopolio de la violencia, los ciudadanos no pueden responder violentamente a las agresiones de otros individuos. Por lo tanto, el Estado no puede permanecer inactivo ante la violación de los derechos fundamentales por parte de los particulares (Escudero, 2004). Los derechos fundamentales ya no se limitan a ser meros derechos de defensa contra el Estado, sino que representan normas que ordenan la vida social (Hernández, 1988). Por lo tanto, los contratos de derecho privado no pueden entrar en conflicto con los derechos fundamentales (Hernández, 1988).

En España se ha discutido la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito privado, en particular en casos vinculados con el derecho de asociaciones. Por ejemplo el Tribunal Supremo ha señalado en materia del derecho de asociaciones que: “la potestad sancionadora de las asociaciones no cercena los poderes de autorregulación y de ejercicio disciplinario, que las asociaciones en cuestión, dentro de la libertad de pactos que permite el principio de autonomía de la voluntad, puedan estatutariamente dictarse, sino que supone un control de los límites del ejercicio de estas facultades, que, desde luego, nunca pueden suplantar el derecho a la tutela judicial efectiva ni obstaculizarlo, con mecanismos complicados, ni eludirlo con plenitud” (Tribunal Supremo de 28 dic. 1998 y 2 Mar. 1999).

La sentencia del Tribunal Supremo se contrapone a una sostenida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 22 noviembre de 1988, que defiende la autonomía de la voluntad y que dice lo siguiente:

El derecho fundamental de asociación reconocido por el artículo 22 de la CE, comprende, entre otras, la facultad de que los integrantes de la asociación establezcan la propia organización del ente. Así, la asociación tiene reconocida, en concreto, una libertad de regulación de las causas determinantes de la aplicación de sanciones a los asociados.

### **Peligrosa Técnica del Legislador (El Incorporar Conceptos Indeterminados en el Derecho Positivo)**

El incorporar conceptos indeterminados, como dignidad, moral, derecho al honor, a la imagen, buena fe, y otros, genera una inadmisible potestad que, rodeada de un halo de moralidad, se concede a los órganos competentes para juzgar. Los jueces que hacen uso de estas válvulas de escape dan vigencia a sus creencias morales. La moral del juez ni debe ni puede determinar la existencia y el contenido del derecho.

La incorporación de conceptos indeterminados a escala legal puede llevarse a cabo a través de dos procedimientos (Escudero, 2004) Un procedimiento es la inclusión de referencias a tales conceptos indeterminados, pero sin precisar en modo alguno cómo han de entenderse; es decir, sin aclarar cuál ha de ser su significado. En este caso, estas llamadas a la justicia, la libertad o la moralidad, por citar tan solo algunos de los enunciados más comunes, son llamadas a la discrecionalidad del legislador, o del órgano competente, para desarrollar las previsiones constitucionales. Al no precisarse por parte del legislador un determinado sentido de entre los muchos que pueden adoptar dichos principios, toda norma jurídica puede justificarse sobre la base de estos.

La segunda manera de interpretar estas referencias a principios o valores morales, o conceptos de carácter indeterminado, implica entenderlas no como meras apelaciones a la discrecionalidad del legislador, sino más bien como disposiciones relacionadas con el contenido de las normas jurídicas. Esto requiere que estas disposiciones que se refieren a la justicia o la dignidad como principios a aplicar contengan una formulación lo más precisa posible (Escudero, 2004). Sin embargo, el poder adquirido por el órgano competente para juzgar la constitucionalidad de las normas, comúnmente conocido como tribunal constitucional, es enorme e insoportable, ya que su concepción de la justicia o la dignidad puede diferir significativamente de la de la mayoría de la población, es decir, del poder legislativo que votó la ley (Escudero, 2004). Esto podría conllevar dejarse de aplicar leyes que, según la opinión de los jueces del tribunal, son contrarias al orden público y a la moral, pero que a criterio de la población parecieran ser morales y vinculantes.

Ambos mecanismos de incorporación de conceptos indeterminados resultan perniciosos e improcedentes y afectan al estado democrático (Escudero, 2004). En nuestra opinión, el contenido de las normas jurídicas debe ser determinado, siempre y en todo caso, con independencia de consideraciones y argumentos de índole moral, en los que entra en juego una instancia valorativa (Escudero, 2004).

## **La Inclusión de Valoraciones Morales y la Degradación de la Autonomía Privada**

Debemos verificar si la posibilidad de aplicar valoraciones morales tiene cabida en el sistema jurídico español. Como se verá más adelante, la respuesta es negativa. En el sistema legal español el juez está obligado a seguir las formas. El juez debe acogerse a los presupuestos institucionales de su sistema jurídico. Por ejemplo, el sistema institucional español le impide al juez acogerse a criterios valorativos, de interés o utilitaristas.

El formalismo, ofrece seguridad jurídica e igualdad, lográndose con ello impar-  
tir justicia y se alcanza una verdadera utilidad social. Enfatizando lo anterior, la aplicación del derecho como sustento de la decisión judicial no puede basarse en valores morales propios del juez. Es necesario tener en consideración la posición que ocupa el juez y las vinculaciones a las que viene sujeto en el marco institucional del

sistema jurídico pertinente, en este caso, en el sistema jurídico español. En concreto, en nuestra organización jurídica, el juez no está legitimado para promover aplicar a las decisiones criterios valorativos.

La labor principal de los jueces es la interpretación y no la creación del derecho. De acuerdo con esta perspectiva, los jueces deben utilizar exclusivamente criterios específicamente jurídicos, reflejando la idea de que su función es principalmente declarativa de lo que establece la ley (Bobbio, 1958). En el derecho continental, las normas se derivan principalmente de órganos constitucionales más o menos centralizados y no tanto de criterios de valor o reglas basadas en precedentes jurisprudenciales (Bobbio, 1958).

El formalismo jurídico sostiene la suficiencia del ordenamiento jurídico y su separación de la moral y la política (Bobbio, 1958). Esta metodología busca lograr un conocimiento fiable de lo jurídico, independiente de lo que no es específicamente jurídico. Según los formalistas, el derecho positivo se justifica por su existencia independiente de los valores que pueda contener, y los jueces están obligados a aplicarlo sin incluir sus propias valoraciones, ya que no son creadores de derecho. La creación del derecho recae en el legislador (Hart, 1994). Independientemente del contenido de las normas, el derecho vigente debe ser obedecido por los destinatarios y aplicado por los jueces (Kelsen, 1941).

Por derecho no solo debemos entender a la ley, sino que el derecho está formado también por otras fuentes del derecho, tales como las normas contractuales, las normas consuetudinarias y los usos. Pero siempre estas fuentes, que no emanen del legislador, deben estar conformes con las pautas impuestas por la ley emanada del Parlamento. Por ello, cuando decimos que solo compete al legislador la creación del derecho, incluimos dentro de esa frase las otras fuentes normativas que no derivan directamente del legislador, ya que esas fuentes deben estar en consonancia con las fuentes directas emanadas del legislador, esto es, con la ley. Por ejemplo, un contrato no puede ir en contra de una ley de orden público; no se admiten las costumbres *contra legem*, y los usos solo son aplicables si son llamados por la ley para suplir una norma o para complementar la interpretación de un contrato.

La tendencia formalista en la ciencia del derecho parte de la norma jurídica formulada, que generalmente es un texto legislativo, y plantea la pregunta: “¿Cómo debo interpretar este texto para ajustarme a la voluntad que en su día lo formuló?” A partir de esta voluntad, se construye un sistema cerrado de conceptos y principios mediante procedimientos puramente lógicos, del cual se deriva la solución de todos y cada uno de los problemas jurídicos (González, 1979).

El formalismo jurídico se preocupa por la elaboración de una teoría de la técnica interpretativa, pretende elaborar una teoría del derecho positivo, determinando su esencia y contenido mediante la pureza del método; que elimine toda observación psicológica y sociológica, y toda consideración teleológica. En este sentido, lo que caracteriza al método formalista del derecho es el principio de la pureza del método.

El derecho es un objeto independiente, y, en consecuencia, la disciplina jurídica es una ciencia autónoma.

En el formalismo jurídico, el derecho se considera una mera estructura lógico-formal, independientemente de su contenido. De esta manera, se logra tener un objeto de estudio permanente y constante, resolviendo así uno de los problemas tradicionales de la ciencia del derecho (González, 1979). Este enfoque evita adentrarse en el análisis del contenido valorativo del derecho, el cual es variable y está sujeto a cambios históricos (González, 1979).

Los juristas formalistas tienden a enfatizar el valor de la seguridad jurídica mientras que los juristas finalistas tienden a enfatizar la justicia del caso. Por tanto. Consideramos que el formalismo está justificado por razones de tipo sustantivo, tales como el fomentar de la seguridad jurídica, la igualdad y la justicia. A esta conclusión se contrapone las teorías del método de la “escuela del derecho libre” (correspondientes a las teorías jurídicas idealistas) según las cuales la validez del derecho se deriva de una idea, principio, o propósito, inherente al derecho: la idea de justicia, las predominantes actitudes ético-jurídicas del pueblo, el principio de solidaridad, el principio de justicia social, etc. (Ross, 1963). Detrás de las formas está la consecución de otros fines.

### **La Vinculación del Juez a la Ley**

Los jueces imparten justicia con base en la ley, y no con base en los principios morales o personales del juez. Así lo declara por ejemplo el artículo 117 de la Constitución española cuando ordena que la justicia se administre por los jueces y magistrados únicamente sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional español es unívoca al respecto, al señalar:

... a los Tribunales de justicia solo les corresponde, según la Constitución Española, la aplicación de las leyes, y no verificar si los medios de adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídico son o no adecuados a dicha finalidad, son o no proporcionados en abstracto (TC 65/86, de 22 de mayo).

La sentencia es una decisión razonada en términos de derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador. La resolución judicial, aunque tenga un fundamento escueto, debe responder a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad (TC 55/87, de 13 de mayo, 56/87 de 14 de mayo, 211188, de 10 de noviembre; 264/88, de 22 de diciembre; 66/89, de 17 de abril y 24/90, de 15 de febrero). En consecuencia, la aplicación y desenvolvimiento judicial del derecho por parte del juez constituye un proceso sujeto a reglas metódicas.

De todo ello se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El juez no es en ningún modo libre en la sustentación de su decisión, sino que ha de apoyar ésta, directa o mediadamente, en un criterio reconocible en el derecho constituido. Por lógica obligada, si hay un criterio, clara e

inequívocamente, anticipado en una norma específica, está obligado a decidir con arreglo al mismo. Si no le es siquiera permitido descartarlo por estimarlo “inconstitucional”, menos aún por considerarlo subjetivamente “injusto” desde luego, en modo alguno por estimarlo “irrazonable” desde un ángulo valorativo personal.

- El juez, si la norma aplicable ofrece ambigüedades o presenta imperfecciones, debe despejarlas e, incluso, está autorizado a corregir el texto literal de aquella. Pero no libremente, sino con arreglo a reglas objetivamente lógicas, reglas hermenéuticas que permitan descubrir el sentido vinculante de la ley. En otras palabras, si se da una discrepancia entre el contenido de sentido y la forma de sentido de la norma el juez debe hacer prevalecer el primero sobre la segunda. Para ello está obligado el seguir unas reglas metódicas. Son reglas o puntos de vista metódicos, que suministrados y contrastados por la ciencia hermenéutica refiriéndose a la ciencia que se ocupa de la comprensión del sentido de los textos escritos, de la que la hermenéutica jurídica es, en definitiva, una rama especial. Por tanto, el juez está obligado a fundamentar su decisión en el derecho constituido; que ha de comprender con la aplicación de métodos científicamente constatados, los métodos de la ciencia hermenéutica.

El juez no es libre en la conducción de la tarea interpretativa e integradora de la ley. Ha de despejar las ambigüedades o, en su caso, corregir el texto de la norma –extendiendo o restringiendo su alcance–, siempre orientando su actividad interpretativa a captar las “decisiones valorativas (subyacentes a la misma). Si bien el juez goza de autonomía e independencia en el ejercicio de su función respecto de los otros poderes del Estado en particular, respecto del poder legislativo, no obstante, tal autonomía no puede significar el reconocimiento del libre enjuiciamiento del juez.

El juez está obligado a seguir un procedimiento formal de interpretación. Todas las normas, también las que contienen conceptos descriptivos acusadamente indefinidos o normativos que requieren un complemento de valoración por parte del juez o las redactadas con arreglo a una técnica de cláusula general requieren una interpretación metódica. Por amplio que sea el margen de valoración dejado al juez, su enjuiciamiento nunca es enteramente libre y discrecional. El juez tendrá que agotar la interpretación examinando el contexto legal en que se encuentra la norma. Y cuando en una u otra medida, la valoración le venga remitida al juez por el legislador, en ningún caso se trata de que esta sea una valoración eminentemente personal. Los conceptos normativos más o menos indefinidos exigen siempre una valoración objetiva. Las mismas cláusulas generales tampoco suponen una delegación en el libre enjuiciamiento del juez, sino que apuntan asimismo a valoraciones objetivamente válidas, referidas a un ambiente social determinado o a la ley moral objetiva. Es allí donde debe apoyar la valoración el juez. Nunca impone la arbitrariedad y la falta de vinculación total. Siempre hay reglas hermenéuticas, teleológicas, axiológicas que dan un fundamento racional objetivo (Engisch, 2001).

Es obligación del juez agotar todos los medios de “concretización” de la norma de que dispone, a fin de estrechar al máximo posible el espacio de libre enjuiciamiento (Larenz, 1994). Es decir, ha de intentarlo todo para encontrar la decisión valorativa que subyace a la ley, antes de aventurarse a imponer una valoración puramente subjetiva o basada en valores que, en buena lógica interpretativa y axiológica, no concuerda con el sentido inmanente de aquella. Incluso, en defecto de norma concreta aplicable al caso, el juez debe resolver con arreglo a criterios de decisión nuevos no preprogramados por el legislador: pero deberá fundamentarlos en valores o principios jurídicos reconocidos en el derecho constituido. El juez no puede basarse en criterios valorativos propios.

Los antiformalistas se fundamentan en meros sofismas a los fines de convencer al juez para aplicar su criterio valorativo propio a los fines de aplicar justicia, pretendiendo con ello sortear los obstáculos insalvables que la configuración dogmática y el sistema jurídico español le opone. Ejemplo de ello, es cuando el antiformalismo, por un lado, anima al juez a usar los conceptos valorativos abiertos en un sentido finalista que no es el de la regulación legal en el que aquellos vienen enmarcados, sino en el de la promoción de un valor extralegal, extrajurídico. El antiformalismo lo persigue es un uso alternativo del derecho constituido.

Por ello, compartimos la posición de Karl Larenz, cuando insiste en la vinculación del juez a la ley y al derecho establecido, donde él debe buscar y encontrar la regla de decisión:

La vinculación a la ley y al derecho que nuestra organización judicial impone al juez ... exige que el juez oriente su resolución primariamente a las pautas del orden jurídico y también, por cierto, y precisamente, cuando valora.... el juez debe fundamentar su resolución, al menos tanto como le sea posible, con argumentos jurídicos, esto lo exige su vinculación a la ley y al derecho .... (Larenz, 1994).

La aplicación del derecho requiere un fundamento realizado de manera metódica si se pretende justificar su resultado como “derecho” en el sentido del orden jurídico vigente. Esta justificación es necesaria, ya que sin ella los tribunales solo estarían ejerciendo un poder que no les corresponde (Hernández, 1987). Por lo tanto, existe una estrecha relación entre las cuestiones sobre los límites de la competencia de los tribunales de acuerdo con la Constitución para desarrollar el derecho más allá de los límites de la interpretación auténtica e incluso para abordar la integración de lagunas inherentes a la ley (Hernández, 1987).

Incluso, al juez no le corresponde siquiera impulsar de manera activa los valores que vienen simplemente enunciados en la Constitución, pero aún no han sido desarrollados por el legislador. Su desenvolvimiento es tarea del parlamentario, no de los jueces. El juez no puede establecer por sí mismo un derecho nuevo. Pues esto significaría anticiparse a la libertad de configuración del legislador. Siempre que se precise una regulación general para la concretización de un principio constitucional, eso compete al legislador.

Los jueces deben tener en cuenta la primacía del legislador. La decisión judicial solo puede ser fundamentada en consideraciones jurídicas y no en consideraciones políticas o morales, orientadas con base razones de oportunidad. El determinarla es asunto del legislador. Los jueces deben tomar muy en serio este límite, incluso en interés de su propia autoridad. Pues de lo contrario existiría el peligro de que sus juicios fueran interpretados como toma de partido ante las divergencias de opiniones políticas, y que ya no fueran aceptados como enunciados fundados en el derecho. Con lo que el derecho entraría en una crisis de confianza. Esta forma pensar del derecho ofrece bastante más seguridad, coherencia y precisión.

El otro gran sofisma que se encierra detrás de las posiciones antiformalistas, en esa pretensión de servir de guía a la Jurisprudencia, esto es, en esa idea de influenciar en la mente del juez con anterioridad a la hora de resolver el caso, haciendo al juez un árbitro con posiciones abstractas ya pre establecidas. Lo que en el fondo se está pretendiendo es que el juez asuma la actitud decisoria que le corresponde al legislador. El legislador toma sus resoluciones no atendiendo a lo específico de un caso, sino dictando una norma o regla de decisión en abstracto, sin considerar los particulares de aquel. Es decir, se le pide al juez que legisle retrospectivamente. En definitiva, con esa presión a los jueces, ese simple cambio de mentalidad se está, en el fondo, propugnando una subversión de las competencias de los respectivos poderes, tal como vienen fijadas en la Constitución de cada país.

Al juez le corresponde impartir justicia, es decir, resolver los litigios concretos que se presentan a su enjuiciamiento con arreglo al valor de la justicia, pero no de una justicia abstracta, ni de una justicia personal, sino de la justicia objetivamente reflejada en el ordenamiento jurídico vigente. El juez no tiene que crear la regla de decisión, ha de encontrarla en el derecho dado. La producción del derecho es una competencia del legislador.

Compartimos, en este punto, con lo que dice Kart Larenz, según el cual: “a lo más que puede llegar el juez, cuando se encuentre en un verdadero estado de necesidad, es a desenvolver principios jurídicos, ideas directivas, ya reconocibles en el derecho positivo, para, a partir de ellos obtener criterios de decisión nuevos” (Larenz, 1994). Ni siquiera es de su competencia desarrollar valores constitucionales aun no desenvueltos por el legislador. La primacía de la concreción de esos valores constitucionales corresponde a este, no al juez. Si esto es así –tal como lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia constitucional y del más alto tribunal español– el juez no tiene legitimación para crear un derecho nuevo, con ocasión del caso que tiene que decidir. Al juez no se le está permitido en el sistema jurídico español crear reglas inspiradas en principios extrajurídicos.

Es claro que la perspectiva correcta, desde la que el juez se debe plantear la decisión de los casos sometidos a su competencia, debe estar sujeta con la misión que se le encomienda en el marco institucional de organización jurídica existente en un país determinado. El juez debe sujetarse a una perspectiva *ex post*, basarse en un derecho

existente para resolver los casos que se le presentan en el futuro. El juez ha de mirar necesariamente hacia atrás, a un caso acaecido en el pasado, que debe ser juzgado con arreglo al derecho establecido de antemano.

Si a eso se llama desdeñosamente formalismo jurídico habrá que concluir que el juez, en el sistema jurídico está obligado a ser un formalista jurídico. El juez, sin duda, ha de atenerse a la ley vigente y al derecho constituido, en su conjunto, por mandato expreso e inequívoco de la Constitución. Y ha de aplicarlo por los cauces que marca la dogmática jurídica, que en definitiva son los congruentes con los que indica la ciencia hermenéutica. No le queda otra salida. Por tanto, no tiene fundamento proclamar una supuesta crisis del formalismo y de la dogmática jurídica, para ello habría que destruir el sistema constitucional y jurídico existente en el país.

En conclusión, la incorporación de valoraciones por parte del juez con base en conceptos indeterminados como teoría jurisprudencial no tiene, encaje posible en sistema jurídico español. El derecho es un sistema que se puede equiparar a una compleja máquina. La dogmática jurídica es una pirámide de conceptos. El derecho debe ser considerado como un sistema cerrado de conceptos. El juez, según el formalismo jurídico, tiene como características esenciales una adhesión formal al texto legislado, que en líneas generales se supone completo, preciso y coherente. El juez no crea, pues su función es puramente cognoscitiva.

El derecho como ciencia impone al juez el deber de seguir los métodos científicos de interpretación e integración del derecho que ella impone. Por lo tanto, en el juez en su papel sentenciador, siempre debe tener en consideración que su actuación está enmarcada dentro de una ciencia social. El derecho es una ciencia, porque está basada en un mecanismo formal de pensamiento, en otras palabras, está fundamentada un método técnico de pensamiento el cual es conferido por la dogmática jurídica.

Ahora bien, la dogmática como ciencia del derecho, le confiere a este ciertas características, a las cuales el juez debe tomar en consideración en su proceso de aplicación del derecho, y que procedemos a señalar a continuación:

El derecho es una estructura formal completa, no hay lagunas en el derecho. El derecho es hermenéutico. No hay que recurrir a valoraciones externas. Este criterio es rebatido por los antiformalistas, de vista hacen una adaptación porque el texto normativo se mantiene a lo largo del tiempo y hay que adaptarla porque queda anticuada (Hart, 1994).

El deber del juez es dictar sentencia conforme al derecho vigente; su función no implica criticar ni juzgar al legislador, sino resolver con base en la normativa emanada del Parlamento. El intérprete debe buscar la voluntad razonada del legislador y la historia plasmada en la ley (González, 1979). Por lo tanto, en el proceso de aplicación de estas leyes es crucial determinar el sentido que el legislador pretendía otorgar a las palabras contenidas en dichas normas. En otras palabras, el juez debe situarse en la posición jurídica del legislador al momento de promulgar la ley, para así discernir la finalidad perseguida por el parlamentario (Hoerster, 1987).

La dogmática jurídica y sus métodos formales de interpretación brindan al juez la oportunidad de corregir las expresiones incorrectas de la ley de acuerdo con la intención del legislador. Se le permite al juez investigar las ideas que el legislador no expresó completamente con el fin de poner de manifiesto los verdaderos conceptos que subyacen al sentido atribuido a la ley, es decir, determinar la voluntad del legislador. Las posturas planteadas por Windscheid han generado opiniones completamente opuestas a las defendidas anteriormente, lo que ha provocado un amplio debate en las ciencias jurídicas (Hoerster, 1987).

### **El Juez está Obligado a Aplicar la Ley sin Connotaciones Morales**

Los jueces dogmáticos se caracterizan por estar sometidos a la ley. Según esta tendencia los valores generales del ordenamiento jurídico deben prevalecer sobre sus valores personales, se debe prevalecer el fomento de la seguridad antes que a los valores internos. Los jueces deben indagar el significado de la ley tal como lo ha formulado el legislador y después tendrán que subsumir hechos concretos en normas generales.

El juez dogmático se caracteriza por su renuncia valorativa. En el proceso de interpretación del juez dogmático discute la interpretación de la regla y si han ocurrido unos u otros hechos, pero nunca se discuten las reglas. La dogmática fomenta la abdicación valorativa del jurista dogmático que supone la aceptación sin críticas de la ley. Esto tiene como consecuencia que el jurista tiene su actuación limitada a un análisis del derecho positivo.

Según esta postura, la dogmática jurídica para ser ciencia tiene que ser neutral, esto es, no puede haber funciones valorativas de parte de quien aplica la ley. La tarea científica sería describir el derecho tal como es, y en los casos de lagunas y vacíos, o de la existencia de cláusulas generales, al juez solo se le está permitido hacer uso de una valoración objetiva, que tal como señala Engisch, está sustentada en los principios generales del derecho. No le está permitido al juez acudir a una valoración personal (2001).

En la abdicación valorativa del juez dogmático se entiende que el juez renuncia a la aplicación de sus propias valoraciones personales o éticas al interpretar y aplicar la ley. En este contexto:

- **Juez dogmático:** Un juez dogmático se caracteriza por adherirse estrictamente a reglas y principios legales establecidos, evitando la introducción de subjetividades o juicios personales en sus decisiones.
- **Abdicación valorativa:** La abdicación aquí implicaría que el juez renuncia a aplicar sus propias valoraciones o juicios éticos al interpretar y aplicar la ley.
- **Mantenimiento de la objetividad:** En este caso se entiende como el esfuerzo por parte del juez para mantener la objetividad y no permitir que sus propias valoraciones personales influyan en sus decisiones legales.

Las críticas a esta abdicación podrían provenir de aquellos que argumentan que ciertos casos pueden requerir alguna flexibilidad o consideraciones éticas, incluso por parte de jueces dogmáticos. Otros podrían ver la abdicación como una virtud, ya que el juez se adhiere estrictamente a la ley sin permitir influencias subjetivas.

La actividad dogmática se basa en la racionalidad intrínseca del legislador. Al juez no le compete legislar sino decidir con base en la ley. En el modelo de la escuela dogmática el derecho está establecido en la figura de un legislador racional. Esta es la base de importantes métodos de interpretación jurídica que impone la dogmática jurídica, entre ellos el sistemático. El intérprete debe emplear el derecho positivo tal como fue formulado por el legislador. La función del juez se limita a conservar el cuerpo normativo recibido, lo que se justifica desde tres perspectivas: (i) Filosófica: Se fundamenta en la adopción del modelo del legislador racional, ya que este modelo es expresión de racionalidad. (ii) Política: En nuestra cultura, la separación de poderes es un principio fundamental. Los jueces no tienen la función de crear leyes, sino de aplicarlas. (iii) Técnica: Se supone que las leyes o códigos representan acumulaciones básicas de experiencias y conocimientos jurídicos superiores a los que puede tener el juez individualmente.

Consideramos, por ejemplo, que un sistema antiformalista es factible en un sistema judicial basado en el *Common Law*, en el que el derecho se crea con base en el precedente judicial y el juez tiene poderes para crear derecho. Por el contrario, en los sistemas de derecho civil continental, resulta improcedente la vigencia de un sistema de interpretación antiformalista.

En efecto, en el sistema político de los Estados Unidos de América, la doctrina de la separación de poderes se entiende de forma sensiblemente distinta a la de los países del sistema civil. Allí se ve como un delicado equilibrio de poder entre ejecutivo, legislativo y judicial, no está exento de tensiones. Por otra, es característico de todos los sistemas de derecho anglosajón que la consideración del derecho legal o derecho estatutario como un cuerpo extraño al sistema del *Common Law*, al que, por tanto, debe dársele una interpretación más bien restrictiva. Si a esto se añade el sentimiento, muy difundido en la sociedad norteamericana de cierta prevención por el derecho producido por el poder legislativo que personifica el “intervencionismo” regulador y, por el contrario el auge en aquella de los valores individualistas, que se ven mejor reflejados en el *Common Law*, no es difícil imaginar porque los patrocinadores de las tendencias antiformalistas, tales como la tendencia del “Realismo Norteamérica de Holmes y Rawls, han considerado preferible dirigir su mensaje ideológico a los jueces. Entonces, los métodos antiformalistas son importaciones de métodos jurisprudenciales que están pensados para un modelo jurídico con el sistema del *Common Law* y no como el sistema de derecho civil continental.

En el sistema de derecho civil las cosas se ven de modo bastante diferente, los jueces vienen estrechamente vinculados a la ley y la competencia productora de normas es esencia del legislativo, y eso en Europa no se discute. El juez debe ceñirse al

texto de la ley, de lo contrario no se podrán alcanzar los propósitos dentro del marco del derecho. El formalismo suele recibir constantes ataques, pero a pesar de ello ha sobrevivido, sobrevive y seguirá sobreviviendo. Se ataca el carácter de sistema abstracto del método formalista. Asimismo, se critica los presupuestos elementales del formalismo jurídico atacando la doctrina de la interpretación de la norma y del ordenamiento. Pero se olvidan los que apoyan la incorporación de valores del juez con base en la interpretación de términos abiertos que solo se puede alcanzar un conocimiento fiable de lo jurídico a través del formalismo, el cual tiene como base a la técnica de interpretación que postula la dogmática jurídica. Solo una estructura jurídica formal, con carácter de ciencia, puede ofrecer fiabilidad y lograr el fin social del orden y la convivencia pacífica y la justicia.

El formalismo, con su carácter autónomo respecto de aquello que no es específicamente jurídico, es el único sistema que puede generar seguridad. Entonces, el formalismo está justificado por razones de tipo sustantivo, tales como el fomentar de la seguridad jurídica, la igualdad y la justicia. Detrás de las formas está la consecución de otros fines. Los juristas formalistas tienden a enfatizar el valor de la seguridad jurídica mientras que los juristas finalistas tienden a enfatizar la justicia del caso. En todo caso, el formalismo jurídico como procedimiento no es equivalente al formalismo ético. El antiformalismo comete un grave error al atacar indistintamente a ambas posiciones.

Aceptamos la frase que dice que es formalista todo proceso de decisión basado en reglas. Hay formalismo cuando la decisión del juez depende de lo prescrito en una regla. En efecto, la existencia de la regla es razón y fundamento de la decisión. Los jueces tienen como función aplicar reglas. Y lo hacen conforme a un método sistemático deductivo el cual es el procedimiento de lo correcto en acuerdo con el sistema jurídico institucional vigente. No se puede pensar un derecho sin reglas, un derecho no imbuido por el formalismo. El formalismo es el único mecanismo que puede conferir al derecho el carácter de ciencia, pues su aplicación implica cuando menos la idea de generalidad y/o universalidad. El formalismo tiene su columna de apoyo en la toma de decisiones sobre la base de criterios generales y universales. Es por ello por lo que el formalismo pervive a pesar de todos los ataques sufridos y sobrevivirá.

### **La Degradación de la Autonomía Privada por la Incorporación de Conceptos Indeterminados**

La autonomía privada podemos definirla como aquel aspecto activo de la personalidad, el espacio donde la persona puede actuar como ser independiente, donde deja de ser un simple medio de las finalidades colectivas. Esta autonomía privada, que es un reflejo de nuestra personalidad como seres humanos puede verse socavada por la aplicación de otro interés que pueden ser considerado por el juez como de mayor importancia a nivel colectivo, tales como el interés público, la no discriminación, el acceso a la información, etc. Es evidente que el reconocimiento de los derechos

fundamentales en el ámbito privado obliga a clarificar la relación de esta figura jurídica con la autonomía privada. El respeto a la autonomía privada es un elemento constitutivo de un ordenamiento democrático y de derecho.

Existe una tendencia actual de aplicar de manera directa en el ámbito del derecho privado los derechos fundamentales. Con la aplicación directa de ciertos supuestos derechos fundamentales basados en términos ambiguos, como la dignidad, el derecho de imagen, y otros, se observa una puesta en peligro no solo de la *autonomía privada*, sino del derecho privado en general. Se habla de una “inundación del derecho privado” y de su “colonización” por el derecho constitucional. El derecho privado está amenazado de desaparición, si el contenido de las leyes es reelaborado por jueces mediante el empleo de regulaciones indeterminadas y fragmentarias providentes del derecho constitucional o de los derechos humanos (Von Munich, 1997).

Por otra parte, amenaza dañar la Constitución, ya que su aplicación indiscriminada en el ámbito del derecho privado entraña el riesgo de una mengua de los derechos fundamentales. Asimismo, la aplicación de los derechos fundamentales y constitucionales en el ámbito privado aumenta la carga del Tribunal Constitucional.

Esto es un gran peligro, porque en un sistema democrático y de derecho no se puede, con base en la aplicación de derechos fundamentales, negar la libertad de las partes que debe existir en sus transacciones de derecho privado. No puede ser la meta de los constitucionalistas y de los especialistas del derecho público el tratar de dominar al derecho privado. Esta actitud de hacer que el derecho constitucional se inmiscuya en el derecho privado atenta hasta contra la propia esencia del derecho constitucional, el cual tiene como objeto fundamental el establecer la ordenación básica del Estado (Von Munich, 1997).

En el ámbito privado, cuando hay un conflicto legal, un el derecho fundamental de un ciudadano colisiona, por regla general; con un derecho fundamental de otro ciudadano. Por ejemplo, el conflicto entre propietario y el arrendatario, en donde ambos tienen en conflicto dos derechos fundamentales, uno el derecho de propiedad y el otro el derecho a la vivienda.

La aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito privado solo procede, en su carácter de limitador del poder privado, en aquellas situaciones donde hay abuso del poder privado o en las situaciones en las que un particular goza de una posición de poder dominante en un ámbito determinado de relaciones.

La eficacia de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales en el derecho privado es una consecuencia de la vinculación de la legislación y de la jurisprudencia a la Constitución, entendida como la norma suprema que preside la unidad fundamental del ordenamiento jurídico: los derechos fundamentales son normas de principio dadas para todo el ordenamiento, no solo para el derecho público. Las normas sobre derechos fundamentales llevan ínsito un mandato de protección que obliga al Estado a impedir que estos sean vulnerados también en las relaciones privadas. Se

trata de una protección de mínimos, pues debe hacerse compatible con la autonomía privada, que cuenta igualmente con protección constitucional.

No obstante, consideramos que la aplicación de derechos fundamentales en el ámbito privado no puede quedar a la discreción del juez en su proceso interpretativo de normas, con cláusulas o conceptos abiertos e indeterminados. Por el contrario, corresponde al Poder Legislativo, en ejercicio de su legitimación democrática, señalar cuándo la autonomía privada debe quedar sujeta a restricciones derivadas de la protección de derechos constitucionales.

En conclusión, la aplicación de derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado requiere que su reconocimiento sea obra de la ley. De lo contrario, la posibilidad de aplicar normas de derecho público a través de los conceptos generales hace que se ponga en juego la certeza jurídica que debe ofrecer la letra de la ley. Conllevaría consagrar una especie de totalitarismo de los valores constitucionales a los que deben someterse los particulares en todas sus decisiones privadas jurídicamente relevantes. El papel del juez no es el que corresponde ejercer al legislador, pero, en cumplimiento del deber de protección de los derechos fundamentales que también a aquél incumbe -en cuanto es también un poder público, ha de concretar las cláusulas generales, el ejercicio de una competencia delegada por el legislador), ha de servirse de sus propios medios de desarrollo del derecho (la interpretación, la aplicación analógica de la ley) y, en última instancia, si, con la ley en la mano, estos recursos no alcanzan a cubrir el mínimo de protección resultante de las normas constitucionales, ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (Von Munich, 1997).

Al juez no le corresponde, en consecuencia, la aplicación directa, por su cuenta y riesgo, de las normas constitucionales' sobre derechos fundamentales en las relaciones privadas: la propia organización democrática del Estado y la división de poderes le obligan a respetar la ley en su jurisprudencia (Von Munich, 1997).

## Conclusión

En este artículo se analizaron los riesgos que conlleva la inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo para la autonomía privada y la seguridad jurídica. La introducción de valoraciones morales y conceptos indeterminados aumenta la subjetividad en la aplicación del derecho, dificultando la uniformidad y la predictibilidad.

Esta subjetividad degrada la autonomía privada al permitir que los jueces interpreten ciertos aspectos de la ley de acuerdo con sus propias convicciones morales, lo que puede llevar a arbitrariedades o discriminación. La falta de definiciones precisas en estos conceptos genera inseguridad jurídica, ya que las personas no pueden saber con certeza las consecuencias legales de sus acciones.

El formalismo jurídico es la mejor manera de proteger la autonomía privada y la seguridad jurídica, ya que obliga a los jueces a aplicar la ley de manera objetiva e imparcial, sin importar sus propias opiniones o creencias.

Por tanto, la inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo es una tendencia peligrosa que debe ser evitada. El formalismo jurídico es la mejor manera de garantizar la justicia y la seguridad jurídica en una sociedad democrática.

Algunos podrían argumentar que el formalismo jurídico es demasiado rígido y no permite que los jueces tomen en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Otros podrían argumentar que la inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo es necesaria para que la ley sea justa y adaptable a las necesidades cambiantes de la sociedad. No obstante, esta crítica puede ser debatida sosteniendo que el formalismo jurídico no significa que los jueces no puedan tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, deben hacerlo de manera objetiva e imparcial, basada en la ley y no en sus propias opiniones o creencias. La inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo puede ser necesaria en algunos casos, pero debe hacerse con cuidado para evitar la subjetividad y la arbitrariedad.

El artículo ofrece una visión crítica sobre la inclusión de valoraciones morales y conceptos indeterminados en el derecho positivo y destaca la importancia del formalismo jurídico para la protección de la autonomía privada y la seguridad jurídica. Rechazamos la inclusión de conceptos indeterminados y ambiguos en el derecho positivo, asimismo, defendemos el formalismo jurídico, pues es el único método que, de acuerdo con el derecho español y el derecho de los países que siguen el sistema continental europeo, puede hacer uso un juez en su proceso de aplicación del derecho.

Según nuestra opinión, en seguimiento del formalismo jurídico, el juez solo debía atender a lo que el legislador ha expuesto. A lo que le corresponde al juez es resolver el problema planteado mediante la aplicación de las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical y el que se infería de la conexión sistemática de esas normas existentes en el tiempo. Al juez no le compete prescribir o establecer normas, ni recomendar su observancia, tampoco valorarlas, sino únicamente describirlas, dar cuenta de ellas de forma objetiva. No es problema del juez ver si la norma tiene o no contenido moral, lo que le compete al juez es aplicar el derecho que proceda de conformidad con los mecanismos de interpretación que formula la dogmática jurídica. El juez no debe entrar a valorar el contenido de una norma, esa es función del legislador, no del juez. El formalismo es una estructura elemental del pensamiento jurídico, es una técnica de pensar y de argumentar de los juristas, al que debe hacer mano el juez en su función sentenciadora. El formalismo jurídico no es, por tanto, expresión de una determinada ideología o teoría, sino de una determinada manera de entender el razonamiento práctico del derecho. El formalismo es una técnica de decisión basada

en la existencia de reglas, y una estrategia argumentativa para la justificación de la acción decisoria del juez. El formalismo es una técnica y no un valor.

La función asignada al juez en el marco institucional de nuestra organización jurídica y su obligada vinculación a la ley en el desempeño de esa función cercenan de raíz las posibilidades de cualquier teoría jurisprudencial que permita al juez basado en términos ambiguos, como el de dignidad humana, aplicar sus convicciones morales personales.

Con la posibilidad de que los jueces apliquen sus valorizaciones morales a través de los términos ambiguos, como la dignidad humana, y que dichas valorizaciones se impongan sobre la autonomía de la voluntad manifestada por los particulares, se pone en peligro, no solo de la autonomía privada, sino del derecho privado en general. Se habla de una inundación del derecho privado y de su colonización por el derecho constitucional y por la aplicación directa e indirecta de los derechos fundamentales, a través de esos términos o conceptos indeterminados como el de dignidad humana.

Los jueces solo deben utilizar criterios específicamente jurídicos. En esto subyace la idea de que la actividad de los jueces es básicamente declarativa de lo que dice la ley. El derecho continental europeo está formado, de manera exclusiva y preponderante, por normas puestas por órganos constitucionales más o menos centralizados y no por criterios de valor o reglas derivadas del precedente jurisprudencial. Se debe defender la suficiencia del ordenamiento jurídico y su separación de la moral y de la política. El derecho debe ser autónomo respecto de aquello que no es específicamente jurídico. El derecho positivo está justificado por el hecho de existir con independencia de los valores que pueda tener el juez, y el juez está obligado a aplicar el derecho sin incluir sus valoraciones propias, pues el juez no es el legislador. A quien le compete dictar la ley es al legislador.

Con independencia del contenido de las normas, el derecho vigente debe ser obedecido por los destinatarios y debe ser aplicado por los jueces. En su proceso de interpretación el juez debe construir -por procedimientos puramente lógicos- un sistema cerrado de conceptos y principios, de los que se desprende la solución de todos y cada uno de los problemas jurídicos.

El permitir al juez, en el ejercicio de su proceso de interpretación y aplicación del derecho, fundamentar su decisión en principios morales mediante la interpretación de conceptos de carácter indeterminado (tales como el de la dignidad humana, el interés general, el derecho a la cultura, el honor, la igualdad etc.) extienden el poder interpretativo del juez, y lo convierten en un legislador. El juez basado en conceptos indeterminados puede hacer que el derecho se aplique de acuerdo con sus convicciones morales, políticas o religiosas, cuestión esta que resulta extremadamente peligrosa para el estado de derecho. La voluntad popular debe ser manifestada por el legislador a través del dictado de leyes que se promulguen siguiendo el procedimiento establecido en la constitución. El juez no representa el sentido ni el clamor de la mayoría. Él debe ser un mudo que solo hable con la palabra de la ley.

La inclusión de valores y conceptos de naturaleza ambigua e indeterminada en el derecho positivo constituyen los instrumentos perfectos para que el juez pueda, sin ningún temor y pudor, aplicar sus convicciones personales, de tipo moral, religioso y político en su función juzgadora. Por tanto, el mismo legislador le está confiriendo a los jueces las herramientas para que ellos invadan la competencia del propio poder legislativo en su labor de producción de normas, lo cual resulta ser un peligro para el estado de derecho.

La conclusión, es que constituye una falta de técnica legislativa el incorporar en nuestro derecho positivo conceptos indeterminados, como el de dignidad humana, justificados en un supuesto respeto y protección a los derechos fundamentales del hombre. Al final, con ello lo que se puede producir es un daño a la autonomía privada, la cual como vimos, es la propia esencia del concepto de dignidad humana (la autonomía y la libertad nos diferencia de los animales). Incorporar el concepto de dignidad humana en el ámbito constitucional, legal y en el derecho privado, sería ir contra el propio respeto de la dignidad humana, pues si un juez al interpretar dicho concepto puede hacer valer sus convicciones morales y dejar de lado un acuerdo aceptado por partes en ejercicio de su autonomía.

## Referencias

- Bobbio, N. (1958). *Sui formalismo giuridico. Revista Italiana do Diritto e Procedura Penale*, N.S.I, 977-998.
- Bobbio, N. (1958). *Teoría general del derecho*. Debate.
- Coderch, J. (1997). Los derechos fundamentales En *El Ámbito Privado*. Bosch.
- Engisch, K. (2001). *Introducción al pensamiento jurídico*. Ediciones Comares.
- Escudero, R. (2004). Los Calificativos Del Positivismo Jurídico. El Debate Sobre La Incorporación De La Moral. T. Civitas. *Cuadernos Civitas*, pp. 81-90.
- Escudero, J. A. (2004). *La indeterminación de las normas jurídicas*. Trotta.
- Fernández, L. (1981). *Bases filosóficas para el estudio del derecho*. Tecnos, D.L. Universidad Católica Andrés Bello.
- González, F. (1979). Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo. En *Estudios de filosofía del derecho*. Universidad de la Laguna.
- Greppi, A. (2001). ¿Hay alternativa al formalismo de los juristas? En *Jueces para la democracia*, Num. 41, pp. 29-36. Greppi, A. (2002). Razones para seguir reglas. Observaciones sobre practical rules. De A.
- H. Goldman. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 25, 657-687. Greppi, A. (2003). *Teoría del derecho*. Trotta.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. 2nd End. Fontamara. Edit. Oxford University Press.
- Hernández, A. (1988). Formalismo, antiformalismo y codificación. En *Obras Completas*, Vol. V: Metodología de la ciencia del derecho.
- Hernández, J. L. (1988). La aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito privado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 115-144.
- Hoerster, N. (1987). *En defensa del positivismo jurídico*. Gedisa.
- Kant, H. (1999). Fundamentación de la metafísica de las costumbres y principios metafísicos del derecho. *Enciclopedia de la Filosofía*, T. Viii Y Ix, Ed. Kapeluz.
- Kelsen, H. (1941). *La teoría pura del derecho*. Edit. Losada.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. M. Rodríguez Molinero. Ariel.
- Preciado, R. (1982). *Lecciones de filosofía del derecho*. Unam.
- Recasens, L. (2003). *Filosofía del derecho*. Porrúa.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).
- Sarazá, R. (2008). *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Logroño, Universidad de la Rioja.
- Von Munich, I. (1997). Los derechos fundamentales en el derecho civil. *Revista de Derecho Privado*, 73, 103-128.