

SEGURIDAD JURIDICA Y CREATIVIDAD JUDICIAL

Hace algún tiempo un estudiante de Derecho me preguntó en que consistía la labor de un abogado. Los abogados nos dedicamos a resolver los problemas de nuestros clientes, le dije. ¿Y el Derecho?, preguntó el alumno. El Derecho, respondí, es el instrumento que debemos seguir para tratar de resolver en cada caso concreto esos problemas.

Rige en las sociedades contemporáneas el principio de “paz jurídica”, que bien puede traducirse en la célebre máxima “nadie puede tomarse la justicia por su propia mano”, o como señalara García de Enterría, con sus ya clásicas palabras:

*“cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (statu quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de un juicio declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo.” (GARCÍA DE ENTERRÍA-TR. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 481).¹*

¹ No siempre fue así. La *legis actio per manus iniectioem*, del derecho romano, permitía a un acreedor “aprehender corporalmente” por sí mismo al deudor, tenerlo prisionero, exhibirlo atado proclamando su situación y su deuda y, si nadie lo liberaba de su obligación, venderlo como esclavo. El uso de la fuerza, el duelo y la venganza, tanto personal como colectiva, han sido históricamente un importante medio de satisfacción de conflictos. En nuestra literatura, Fuente Ovejuna, basada en un hecho histórico, es un buen ejemplo de un pueblo tomando la justicia por su mano frente a los abusos del Poder. Y, Ortega y Gasset, veía la guerra como pura invención humana para la resolución de ciertos conflictos (ORTEGA Y GASSET, *En cuanto al Pacifismo... La Rebelión de las Masas*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, pág. 275 y ss.).

Desde esta perspectiva, el Derecho aparece no solo como ordenación normativa de la vida social, sino, desde una visión más viva y dinámica, como un instrumento de resolución de los conflictos de intereses que de ella surgen, y todo ello, al servicio de la paz social, la justicia y la seguridad. Resulta, pues, fundamental tratar de entender, aunque sea de forma somera, como se resuelven dichos conflictos de intereses, como el Juez actúa para tratar de encontrar, en cada caso concreto, la solución más justa conforme a Derecho.

La cuestión no es sencilla, como lo demuestran los centenares de obras que la doctrina de todos los tiempos ha dedicado al tema de la interpretación y aplicación del Derecho. Excedería con mucho el ámbito necesariamente limitado de este artículo, y la capacidad del que suscribe, tratar de analizar esta materia en toda su compleja profundidad. Por ello, trataremos de formular, aunque sea de forma sumaria y sencilla, algunas aclaraciones con la finalidad de aportar algo de luz sobre la difícil cuestión que nos ocupa.

El Derecho romano, al igual que el medieval, fueron en gran medida derechos de creación judicial. Orientados hacia el problema, el derecho se elaboraba a través de controversias, opiniones dialécticas y argumentos diversos, que trataban de encontrar y justificar la solución más justa para cada caso concreto. Es la visión del Derecho, según la célebre definición de Celso, como “*ars boni et aequi*” (Digesto. 1,1,1), es decir, como el arte de determinar lo que es justo y equitativo. Desde esta concepción, el Derecho aparece no como algo que nos viene dado (propio de la concepción normativista del Derecho), sino como algo que hay que buscar, hallar y descubrir de manera incesante. Como señalara Viehweg, los juristas entendían el derecho, no como algo que se limitaban a aceptar, sino como algo que ellos construían de manera responsable. Toda su personalidad estaba comprometida en ello; su orgullo, afirmaba Ihering, no era solo de tipo intelectual, sino también de tipo moral.²

² T. Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1986, pág. 80-81.

M. García Pelayo, en su estudio sobre *La idea medieval del Derecho* nos habla del Derecho medieval como un derecho eminentemente consuetudinario, “*una emanación espontánea de la sociedad*”; algo preexistente que no cabe crear o establecer, sino que hay que buscar y descubrir. Y es que, como señala J. A. Santamaría Pastor, en su obra *Fundamentos del Derecho Administrativo I*, en esa época “*gobernar no equivalía a crear Derecho, sino a descubrirlo, guardarlo y aplicarlo*”. Dentro de los ordenamientos modernos, es el Derecho Anglosajón el prototipo del derecho de creación judicial, en el que rige el principio “*judge make law*”.

Esta concepción entrará en crisis con el nacimiento del Estado moderno, del Hombre moderno, que trata de tomar el destino en sus propias manos siguiendo los dictados de su razón y no los del orden establecido, ni siquiera los del orden establecido por Dios. Desde esta concepción, el Derecho dejará paulatinamente de ser considerado como una emanación espontánea de la sociedad para poner en un primer plano su aspecto funcional: el Derecho como un instrumento del poder al servicio de un proyecto de Estado, y como tal instrumento no ha de ser hallado o descubierto, sino creado por obra de la voluntad humana. A la identificación entre el Derecho y la Ley positiva, como obra de la voluntad humana (*ex humana industria*), contribuirán sin duda, entre otros factores, las tesis de Hobbes, Rousseau y Montesquieu: Hobbes, que identificará el derecho con la voluntad soberana. Rousseau, que identificará al Soberano, no con el monarca todopoderoso, sino con la nación, con la voluntad general, cuya expresión típica es la Ley, a la cual deben quedar sometidos todos los ciudadanos y todos los poderes del Estado. Una Ley que decide sobre lo justo y lo injusto y que designa a los que habrán de administrar el Estado y hacer justicia. Para Rousseau la voluntad general es siempre recta y la Ley es siempre justa, puesto que nadie puede ser injusto hacia si mismo.³ Y, finalmente, Montesquieu, que preconizará como ideal político, al servicio de la libertad de los ciudadanos, la doctrina de la separación de poderes:

“ (...) Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad, porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes” (Del Espíritu de las Leyes, Libro XI, Cap. VI).

La combinación de estas ideas allanará sin duda el camino para que los revolucionarios franceses identifiquen el derecho con la ley, reduciendo el papel de los jueces al mínimo en virtud del principio de la división de

³ J.J. Rousseau, *El Contrato Social*, E.D.A.F., Madrid, 1969, Lib. II, Cap. VI, pág. 66 y ss.

poderes. El papel del juez, como señalara Montesquieu, debe limitarse a ser *“la boca que pronuncia las palabras de la Ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquéllas”*. El poder de juzgar se limitará, pues, a la aplicación automática del texto de la Ley a las situaciones de hecho particulares, sin recurrir a interpretaciones que puedan poner en peligro la voluntad del legislador. La solución justa del litigio no será otra que la que resulte de la aplicación de la ley, es decir, la legal. Esta es la condición de la seguridad jurídica, pues, como escribe el propio Montesquieu, *“aunque los tribunales no tengan que ser fijos, los juicios deben serlo, hasta el punto de que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin conocer precisamente los compromisos que uno contrae con ella”*. Desde esta perspectiva es fácil entender la conocida frase de Robespierre cuando en la Convención se discutía sobre la jurisprudencia: *“¿Jurisprudencia? que detestable palabra. Ya no hay más jurisprudencia que la ley. La ley es vuestra jurisprudencia. Es también la más firme y sólida garantía de vuestros derechos y de vuestras libertades”*.⁴

La realidad es que, tal y como señala Perelman (*La Lógica Jurídica...*, cit., pág. 93 y 231), el positivismo jurídico, opuesto a todas las teorías del derecho natural y asociado al positivismo filosófico, negador de cualquier filosofía de valores, ha sido, en Occidente, la ideología democrática dominante hasta el final de la segunda guerra mundial, donde los sucesos acaecidos en Alemania pusieron de manifiesto que es imposible identificar el Derecho con la Ley. Hay principios que aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el Derecho no es solo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en un primer plano la justicia. Y es que, en una sociedad democrática, resulta imposible mantener la visión positivista, según la cual el Derecho no es otra cosa que la expresión, arbitraria o no, de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente el Derecho debe ser aceptado y no solo impuesto por medio de la coacción. Y, por su parte, Gustav Radbruch, tras haber vivido la

⁴ La cita relativa a Robespierre está tomada de L. Díez Picazo, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 134. Las citas de Montesquieu están tomadas de CH. Perelman, de su obra *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 28 y 56. Para el autor (pág. 179), tras la Revolución Francesa, la legalidad y la seguridad jurídica pasaron a ocupar un primer plano, tratando de reducir el razonamiento judicial a una cuestión puramente formal y deductiva. Es la aproximación entre el derecho y las matemáticas, que debía garantizar el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales, acentuando la subordinación del poder judicial al legislativo y una visión del derecho estática y legalista.

terrible experiencia de la II Guerra Mundial, escribirá en 1948: “*El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de la “ley es la ley”, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquéllas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley*”.⁵

La pregunta, pues, que necesariamente surge en este punto es si el juez puede o debe, a la hora de hacer justicia, limitarse a ser la boca que pronuncie las palabras de la ley. La respuesta, en mi opinión, es no, y ello por varios motivos:

En primer término, por las propias imperfecciones del sistema normativo. La realidad es que el ordenamiento jurídico está integrado por un océano de normas (miles), de diferente procedencia y valor jurídico, sometido a un cambio frenético, que en muchos casos, la gran mayoría, no pretenden establecer una regulación general con vocación de permanencia y con arreglo a criterios de justicia socialmente aceptados, sino que responden a criterios de ordenación puramente detallista, contingente y variable que, sin ánimo alguno de permanencia, pretenden dar una respuesta concreta a situaciones igualmente concretas.⁶ García de Enterrín nos habla gráficamente de “*legalismo desenfrenado, vocado a una inestabilidad permanente*”. Carl Schmitt utilizó la célebre expresión “*legislación motorizada*”; y Martínez-Cardós, en su obra sobre la técnica normativa, señala expresivamente que “*la norma, como regla de derecho, ha dejado de mirar al futuro para mirar al presente; solo mira los problemas actuales, importantes pero temporales, de coyuntura. Es, por un lado, la victoria de la ley-medida de que hablara C. Schmitt o de la ley de vencimiento fijo de Scheerbarth y, por otro, de la ley inútil. Inútil, porque carece de valor; de estabilidad; porque llega tarde o deviene obsoleta; o en fin, porque es inencontrable u olvidada entre tanto marasmo*”.⁷

Las consecuencias negativas que se derivan de la alarmante hipertrofia de nuestro sistema normativo no se limitan a la evidente

⁵ G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

⁶ Algunas de las normas que integran nuestro ordenamiento (las menos, aunque quizás sí las más importantes) son fruto del consenso. En muchos más casos, son expresión de la voluntad política mayoritaria representada en el legislativo. Pero, en la gran mayoría de los casos, son fruto de la voluntad subalterna de la Administración Pública, norma por excelencia de carácter contingente y concreto.

⁷ J.L. Martínez-Cardós Ruiz, *La Técnica Normativa*, Escuela de Práctica Jurídica Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2002, pág. 17.

imposibilidad de poder conocer el contenido de la ingente normativa existente, poder determinar en muchos casos cual es la norma aplicable, o poder determinar con seguridad si una norma está vigente o ha sido derogada. Van más allá. Se manifiestan, como señala Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1991, pág. 303 y ss.): **i)** en la evidente **imperfección técnica de las normas**, fruto sin duda de una más que deficiente técnica legislativa, labor que requiere de un sosiego y una dedicación incompatibles con la celeridad a la que está hoy sometida la producción normativa, lo que provoca, en demasiadas ocasiones, disfunciones considerables (redacciones confusas y farragosas, oscuridad, términos ambiguos, errores, lagunas, antinomias, mandatos irrealizables, etc.); **ii)** en la **irracionalidad y el evidente peligro que para la libertad, la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos se deriva de esta forma de legislar**, peligro éste que se manifiesta fundamentalmente en la norma reglamentaria, producto de la Administración Pública, norma por excelencia de carácter contingente y concreto y, sin duda, la más numerosa del ordenamiento jurídico (se cuentan por miles todos los años);⁸ **iii)** y, finalmente, en la preocupante y progresiva **desvinculación entre las normas y el sentido de la Justicia**. Las normas han perdido en buena parte su antigua vinculación con la Justicia, han dejado de ser expresión de un sistema de relaciones justas ordenadoras de la vida social, para convertirse, en demasiados casos ya, en pura ordenación reguladora, detallista y absorbente; meros instrumentos al servicio de intereses políticos, económicos y sociales concretos, cortoplacistas y cambiantes, que tienden a instrumentalizar a los ciudadanos y sus derechos.

Julián Marías vio en la consideración del derecho como “justo” una explicación para la asombrosa proliferación de prescripciones, prohibiciones y regulaciones de todo tipo que caracterizan el ordenamiento jurídico actual, mengua de la espontaneidad vital y de la libertad (*Tratado de lo Mejor –La moral y las formas de la vida*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 39 y ss.). Ortega y Gasset veía

⁸ “Su consustancial fugacidad, el detallismo absorbente, el casuismo, inmediatamente caducado ante las transformaciones sociales y administrativas incesantes; su tendencia hacia la objetualización de los ciudadanos, cuya independencia o libertad, o cuyas iniciativas y facultades rara vez se respetan; su interpretación extensiva y absorbente de toda competencia administrativa y aun la constante autodefinition de nuevas competencias; su esquematismo, tomado del propio ambiente burocrático, desconocedor, cuando no impugnador, de la complejidad del mundo social y económico, son todas ellas notas que tienden a estar presentes con bastante frecuencia en las normas emanadas de la Administración” (GARCÍA DE ENTERRÍA-TR. FERNANDEZ *Curso de Derecho Administrativo*.... cit., pág. 78).

la estatificación de la vida y el creciente intervencionismo del Estado como el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización (*La Rebelión de las Masas*, cit., pág. 185). Max Weber, en su ensayo “*La ética protestante y el espíritu del capitalismo*” no dudó en hablar a este respecto de la *jaula de hierro* que la modernidad está construyendo. Y Tocqueville, vio en el “despotismo administrativo” y su irrefrenable tendencia a intervenir cada vez más en un mayor número de ámbitos de la vida social, una forma de dominación impersonal, especialmente intensa, que anula la iniciativa y las libertades de los ciudadanos: “*No destruye las voluntades pero las ablanda, las somete y las dirige, obliga raras veces a obrar, pero se opone incesantemente a que se obre; no destruye pero impide crear; no tiraniza pero oprime; mortifica, embrutece, extingue, debilita y reduce, en fin, a cada nación a un rebaño de animales tímidos e industriosos cuyo pastor es el gobernante*”. Para Tocqueville, la familia se convierte en el último refugio comunitario de las sociedades modernas, especialmente atomizadas frente a un Estado omnipotente (*La Democracia en América*, Ed. Trotta, Madrid, 2010).

A la vista de lo anteriormente expuesto resulta, pues, evidente, la dificultad a la que se enfrentan los jueces a la hora de tratar de realizar algo, tan aparentemente sencillo, como es seleccionar las normas que habrán de ser seguidas a la hora de resolver, conforme a Derecho, los conflictos de intereses sometidos a su juicio. Y es que las normas deberían ser ciertas, claras, breves y sencillas, o como se señalaba en el *Fuero Real*, deben ser “*manifiestas para que todo ome la pueda entender e que ninguno non sea engañado por ella*”.⁹

Son muchos, casi infinitos, los ejemplos que podrían darse de ambigüedades, contradicciones, lagunas, mandatos irrealizables, disposiciones oscuras y farragosas, conceptos indeterminados, etc. que sin duda impiden que la labor del Juez pueda limitarse a la pura aplicación automática del texto de la Ley: si un letrado indica a los viajeros que está prohibido viajar en tren en compañía de un perro, ¿debe el revisor permitir el acceso a un viajero que lleva consigo una cabra?, ¿debe prevalecer el texto de la ley o el espíritu de la misma? Si la norma prevé como agravante el robo cometido durante la

⁹ Ley II del Título VI del libro primero del Fuero Real (Edición de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pág. 16).

noche, ¿deberá aplicarse dicho agravante al robo cometido a las 3 de la madrugada en un casino repleto de gente y con todas las luces encendidas? Nos cuenta Ch. Perelman que durante años, muchos curanderos fueron condenados en Francia en aplicación de la ley que castiga el ejercicio ilegal de la medicina por aquéllos que no tienen el debido título. Sin embargo en el caso del curandero Roux, tras comprobar el Tribunal que se trataba de un hombre honesto, que había actuado sin ánimo de lucro y que había logrado un gran número de curaciones, no dudó en absolverle aplicando las disposiciones que obligan a toda persona a prestar asistencia a un tercero que se halle en peligro. Es decir, cuando se trataba de charlatanes, los tribunales no dudaban en condenarles como culpables de ejercicio ilegal de la medicina; pero ante una persona honesta, el Tribunal, colocado ante la antinomia, resolvió aplicando la obligación de asistencia para absolver al curandero. Y en Inglaterra, relata el mismo autor, ante una legislación de principios del siglo XIX que estableció la pena de muerte para los culpables de todo robo superior a 40 chelines, los jueces estuvieron durante años aplicando la ficción de estimar en 39 chelines como mucho el valor de todo robo, con independencia de su valor real, con tal de no imponer una pena que se consideraba del todo injusta y desproporcionada (*La Lógica Jurídica y...* cit., pág. 60 y 88). También el Digesto nos proporciona ejemplos que acreditan la dificultad que en muchas ocasiones entraña la tarea de encontrar la solución justa del caso concreto: estando varias personas jugando a la pelota en un lugar público, una de ellas lanzó la pelota que fue a golpear la mano de un barbero que se encontraba en las inmediaciones afeitando a un esclavo, con la mala fortuna que la navaja cortó la garganta del esclavo. Ulpiano entendió que el jugador que había lanzado la pelota era el responsable del daño y debía resarcirlo. Pomponio, en cambio, creía que la culpa era del barbero, por ponerse a afeitar en un sitio donde era costumbre jugar a la pelota. Existió todavía una tercera opinión que atribuía la responsabilidad al propio esclavo degollado, pues quien se confía en manos de un barbero que tiene colocado su puesto en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa (ejemplo tomado de L. Díez-Picazo, *Experiencias...* cit., pág. 22). Y, con respecto a la claridad y brevedad de las normas, J.L. Martínez-Cardós, en su ya citada obra *Técnica Normativa* (pág. 29), afirma que las disposiciones largas y farragosas son proclives a las contradicciones; impiden determinar

con claridad su razón justificadora e, incluso, inducen a su desconocimiento, por cuanto desalientan a quienes han de conocerlas a la hora de su lectura. En tal sentido, cuenta el autor, a modo de ejemplo, que con anterioridad a las reformas procesales de 1880 y 1920, el divorcio era muy difícil de obtener en Inglaterra por cuanto no se concedía en sede judicial sino a través del legislativo, mediante la aprobación de un *bill* privado, lo cual no estaba al alcance de la mayoría de los ciudadanos. Quizás por ello, James Smith, secretario del Ayuntamiento de Birmingham, confiando en que una norma larga y farragosa no sería leída, redactó la sección correspondiente al servicio de alumbrado público de los Estatutos de la ciudad de Birmingham, de la siguiente manera: *“Las farolas del alumbrado público se encenderán a las dos horas, pasadas el medio día, en invierno y a las cuatro, en verano. Los celadores se cuidarán de que no se apague ninguna de las farolas. Queda disuelto el matrimonio de John Smith, cancelario del Común de Birmingham, con la Sra. Catherine Howard. Los celadores realizarán cuatro rondas a fin de asegurarse de que las farolas están encendidas”*. Acertó el Sr. Smith, los estatutos no debieron ser leídos por ninguno de los miembros de las cámaras, pues fueron aprobados tal y como fueron redactados, incluida la disposición relativa al matrimonio del propio Sr. Smith, que gracias a ello quedó felizmente divorciado.

Pero no solo la hipertrofia del sistema normativo y sus manifiestas imperfecciones impiden al Juez limitar su papel a la aplicación automática del texto de la Ley a las situaciones de hecho particulares. Hay más:

- En primer lugar, la propia imposibilidad de que una norma sea capaz de prever el infinito número de supuestos de hecho, con sus matices, diferencias y detalles, que la vida diaria nos ofrece (por ejemplo, si el atropello de una persona con un coche se produjo de día o de noche, si estaba o no lloviendo, el estado de la carretera, la velocidad a la que circulaba el coche, ¿se encontraba el conductor ebrio?, ¿estaba utilizando el móvil?, ¿tenía carnet de conducir?, ¿era menor de edad?, ¿estaba la persona atropellada cruzando por el sitio correcto?, ¿hubo intencionalidad?, etc., circunstancias de hecho, todas ellas, que habrán de ser debidamente ponderadas a la hora de tratar de construir una solución justa).

- En segundo lugar, por la propia dificultad que en muchos casos entraña la determinación de los hechos relevantes para la resolución del caso. Los hechos son siempre, respecto del Juez, un *preteritum*. No son algo que el Juez haya vivido o experimentado personalmente, sino que los recibe por la vía de la comunicación acompañados de valoraciones en muchos casos interesadas. En algunos supuestos, se podrá llegar a la conclusión de que esos hechos son efectivamente ciertos (por ejemplo saber si una persona ha firmado un documento, lo que se podrá determinar, bien porque así lo admita el propio interesado, bien a través de una prueba pericial caligráfica), pero en otros muchos probar la realidad de los hechos acaecidos no resultará posible. Nos encontraremos ante indicios más o menos fundados que permitirán al Juez presumir y llegar al convencimiento de que, según las reglas de la sana crítica, es razonable concluir de que tal hecho tuvo o no lugar (el hecho de que la joya robada se encuentre en posesión del supuesto ladrón puede llegar a ser indicio suficiente para considerarle autor del robo, ahora bien, en rigor, no acredita tal circunstancia). Por ello, como bien señala Díez-Picazo, debemos ser conscientes de que la prueba judicial no es en rigor “demostrativa”, sino más bien un arte dialéctico, un combate que busca la persuasión del destinatario. Se trata más de convencer que de demostrar (*Experiencias Jurídicas... cit.*, pág. 230).

- Y, finalmente, porque, como señalara Esser, a la práctica judicial no le inspira tanto un deseo de comprender, aplicar e interpretar los textos legales conforme a métodos de escuela (interpretación literal, sistemática, histórica, teleológica, etc.), reduciendo el razonamiento jurídico a una cuestión puramente formal, sino la intención consciente de buscar y construir una solución justa, técnicamente correcta y socialmente aceptable, para el problema planteado. Desde esta perspectiva, la solución justa del litigio no será simplemente, como afirmara el positivismo, la que resulte de la mera aplicación automática de la ley, es decir, la legal. El proceso es, mas bien, el contrario: la solución del problema planteado o, al menos una idea previa acerca de lo que en dicho caso puede ser una solución justa, correcta y aceptable, será lo que guiará al juez en la búsqueda de una motivación jurídica satisfactoria. La solución del caso es un *prius*, no un *posterius* con respecto al propio razonamiento que justificará la misma. Y, en este proceso, resulta obvio que el juez, al igual que todos los demás hombres, es, parafraseando a Ortega, él y su circunstancia, es decir, no es ajeno al conjunto de creencias, convicciones, juicios de valor, sentimientos y prejuicios que forman parte de su realidad.

Reconozco que esta conclusión puede ofrecer al espectador una apariencia de arbitrariedad incompatible con la seguridad jurídica, pero no es tal. En primer lugar, porque la solución que el jurista apunte no puede ser puramente subjetiva o caprichosa. No se trata de la justicia del cadí de la que nos hablara Max Weber, o la del justiciero que se comporta como si fuera la encarnación de la Justicia al margen de la ley, “*el buen juez Magnaud, favorable a los pobres y severo con los privilegiados*”. No, si así fuera, la seguridad jurídica y el debido sometimiento a la Ley y al Derecho que nuestra Constitución impone a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos quedarían en papel mojado. El juez, deberá someter esa solución intuitiva al contraste de un examen detallado de las normas, de los precedentes judiciales y de la doctrina, es decir, su preopinión sobre la solución del caso debe encontrar confirmación jurídica, debe ser debidamente motivada. La seguridad jurídica no permite equiparar lo que es justo conforme a Derecho con lo que le puede parecer justo o no a un juez. Y es que, como señala K. Larenz, al juez no le es lícito introducir en la ley lo que él desea extraer de ella; la fidelidad a la ley, a la que está obligado, exige de él la disposición a permitir que su preopinión sea rectificada por la propia ley.¹⁰

Martínez-Cardós en su ya citada obra (*Técnica Normativa*, cit., pág. 147 y ss.), destaca como a la literatura, tanto española como extranjera, le repugna la técnica jurídica, que es vista como algo ajeno a la Justicia, puro artilugio y sofisma en manos de los juristas, “*maestros de sofisticadas inteligencias, baladíes asuntos, metafísicas excogitadas y sutiles argucias*” (palabras de Melo reproducidas por el Marqués de Pombal en 1769); quizás por ello en el *Tirant lo Blanch* se cuenta como el Duque de Lencastre, para resolver la pugna entre guerreros y tejedores, ordenó buscar a los hombres de leyes de cada bando y los mandó ahorcar para que, al irse sus “*miserables animas en infern*” concluyan las rencillas y litigios promovidos por los letrados, perturbadores del pueblo; “*cuerpos sin alma*” los llamará Quevedo, “*no hay cosa en que no nos dejen tener razón; solo lo que no dejan tener a las partes es el dinero que lo quieren ellos para sí*”. El reproche es especialmente grave cuando se aniquila la Justicia en aras de un “mezquino espíritu” de cumplir estrictamente la letra de la Ley, “*instrumento justificativo del desatino y la arbitrariedad del poderoso*” (Radbruch). Por ello es más fácil encontrar la Justicia apelando “*al albedrío del hombre cuerdo*”

¹⁰ K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 345.

(Covarrubias) que acudiendo a la ley y a los juristas; y es que *“puede uno hacer muy bien las cosas perfectamente legales y ser al mismo tiempo un pillo”* (D’Azeglio). En la literatura, relata Martínez-Cardós, es común que la Justicia no se encuentre en los juristas ni en los jueces *“que obedecen dócil y ciegameamente a los gobernantes, de cuya voluntad depende su sueldo, su consideración y su rango”* (*Las Avispas* de Aristófanes), sino en los héroes (Alonso Quijano, Sancho Panza) y en los buenos bandidos (Robin Hood). Y los buenos jueces, no son los que aplican la Ley, sino los que prescinden de ella para afirmar la Justicia. Quizás por ello las condiciones que se le exigen a un juez no son nada corrientes: debe ser *“de buen linaje, buen entendimiento, apostura, sesudez, ser sufridos firmes y muy leales”* (Partida, 2, 9, 18); *“ha de tener sal de conciencia y sal de justicia; sin ciencia sería insípido y sin conciencia diabólico”* (CASTILLO DE BOVADILLA). *“Ya no hay para ti paisanos, amigos ni parientes. Ya no más patria, ni carne ni sangre. ¿Quiere decir que no has de ser hombre?, no, por cierto; sino que la razón del hombre ha de vivir tan separada de la razón del juez que no tengan el más leve comercio las acciones de la judicatura con los efectos de la humanidad”* (FEIJOO).

A la vista, pues, de lo anteriormente expuesto podemos concluir afirmando que la interpretación y aplicación del derecho es una tarea sumamente compleja en la que elementos fácticos, jurídicos y sociales constituyen la base que habrá de servir de guía para la búsqueda y construcción de soluciones justas para los concretos conflictos de intereses que día a día se plantean. El papel del juez no puede limitarse, pues, a la labor puramente formal de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. Y la solución justa del litigio, no será simplemente la que resulte de la mera aplicación automática de la ley, es decir, la legal (justa en el sentido positivista del término), sino que será la que resulte de ese proceso de búsqueda y construcción de una solución que no solo habrá de ser conforme a Derecho, sino también equitativa, razonable y socialmente aceptable, es decir, que sea al mismo tiempo justa y conciliable con el Derecho en vigor. Así pues, frente a la concepción puramente normativista, estática y legalista, del Derecho, en la que éste aparece como un mero conjunto de normas a las que la realidad debe ajustarse, el Derecho, desde esta perspectiva, mucho más viva y dinámica, aparece, no como algo que nos venga dado, sino como algo que hay que buscar y construir de manera

responsable. Las normas legales, las costumbres y los principios generales del derecho, sobre la base de las convicciones, creencias, valores, sentimientos y prejuicios del grupo social en el que tanto el juez como el Derecho se insertan (donde éste cobra vida y se realiza), serán las pautas, las guías que los operadores jurídicos deberán seguir para tratar de encontrar soluciones justas, técnicamente correctas y socialmente aceptables para los diferentes conflictos de intereses que la vida diaria vaya planteando, es decir, para encontrar en cada caso concreto “lo que es Derecho”. La seguridad jurídica, así como la propia idea de la Justicia que debe presidir la búsqueda del Derecho, exigirá cierta predecibilidad en las decisiones judiciales, es decir, que casos iguales sean decididos de manera igual y que casos similares sean decididos de forma similar. También impone objetividad, pues las decisiones no pueden ser fruto de la pura subjetividad o arbitrariedad del juez, de lo que éste considere o no justo (justicia del cadí), sino que deben ser debidamente motivadas en Derecho. El conflicto surgirá cuando no sea posible conciliar la fidelidad a la ley, a la que está el juez obligado, y la justicia del caso por él buscada (lo que desgraciadamente ocurre con mucha más frecuencia de lo que sería razonable). Hay quien considera que en estos casos la seguridad jurídica reclama que la norma positiva se aplique aun cuando sea injusta. Para otros, en cambio, la decisión dependerá del juez que, en última instancia, fallará según su propia conciencia. Hay que reconocer que en la actualidad, en esta época que vivimos presidida por la subjetividad, la balanza se inclina claramente a favor de la justicia del caso y, por tanto, a favor de la creatividad judicial en detrimento de la seguridad jurídica. Pero ello es, en gran medida, consecuencia de la progresiva pérdida de “*auctoritas*” del legislador actual y del marasmo legislativo en el que estamos envueltos (“*se promulgan demasiadas leyes, se dan pocos ejemplos*”, denunció Saint-Just ante la Convención revolucionaria).¹¹ Dado que tanto la Justicia como la Seguridad Jurídica son condiciones básicas para el correcto funcionamiento de la sociedad, considero, parafraseando a K. Larenz, que el Estado de Derecho no debería renunciar, al menos no en las complicadas relaciones de nuestro tiempo, ni a las leyes bien pensadas, ni

¹¹. Para Iglesias Santos, el marasmo legislativo ha hecho que se vuelva al sistema romano, en el que el Derecho se desenvolvía al margen de la determinación estatal de la Ley (J. Iglesias Santos, *Roma, Claves Históricas*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pág. 25). Y es que, aunque pueda resultar un tanto contradictorio, el legalismo exacerbado resulta incompatible con el positivismo, acrecienta, sin duda, la importancia del derecho pretorio y acerca la concepción continental del Derecho a la concepción anglosajona del “*judge make law*”.

a una Judicatura que se tome en serio su vinculación “a la Ley y al Derecho”.

Santiago Thomás de Carranza
Abogado. Profesor Universitario
Socio Director