

¿ES POSIBLE UN GOBIERNO DE LOS JUECES?

María José FALCÓN Y TELLA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
y Directora del Instituto de Derechos Humanos
de la Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense de Madrid.
idh_ucm@hotmail.com

ABSTRACT

En el presente artículo se estudia el tema de la objeción de conciencia y de si es posible esta figura en el caso de los jueces, dado su deber cualificado de aplicadores de la ley y, por tanto, de sumisión al Derecho. Se pasa revista, asimismo, a las características de la objeción de conciencia en relación con la figura afín de la desobediencia civil.

Palabras clave: objeción de conciencia, desobediencia civil, jueces, realismo jurídico.

ABSTRACT

In this article, conscientious objection and the possibility of applying it to the case of judges is studied. Given that they are specially qualified appliers of law, and that they are bound by subjection to law, their right to conscientiously object raises various issues which this paper deals with. It also looks at the characteristics of conscientious objection in contradistinction to those of civil disobedience.

Keywords: conscientious objection; civil disobedience; judges; legal realism.

ZUSSAMENFASSUNG

Im vorliegenden Artikel geht es um die Gewissensfreiheit und ob man Sie auf die Arbeit der Richter ausdehnen kann.; da die Richter als Gesetzesanwender dem Gesetz unterworfen. Gleichfalls werden die Grundlagen der "Verweigerung aus Gewissensgründen" im Zusammenhang mit der juristischen Figur des zivilen Ungehorsams betrachtet.

Stichwörter: Verweigerung aus Gewissensgründen; Richter, juristische Realität.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DISTINTAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE UN JUEZ ANTE UNA NORMA QUE REPUGNA A SU CONCIENCIA.—3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO FIGURA RELACIONADA CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL. CARACTERÍSTICAS CONVERGENTES Y DIVERGENTES ENTRE ELLAS.—4. LOS MODELOS DE JUEZ: HÉRCULES, JÚPITER Y HERMES.—5. LA DESOBEDIENCIA DEL JUEZ, ¿UNA MANIFESTACIÓN DE LA EQUIDAD? LA EQUIDAD O EL ARTE DE JUZGAR.—6. ¿DESOBEDIENCIA O MODALIDAD DE ARGUMENTACIÓN CONFORME AL ARGUMENTO «PSICOLÓGICO»?—7. ¿DESOBEDIENCIA AL DERECHO O MANIFESTACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA O ACASO SOCIOLOGICA?—8. EL PAPEL PREPONDERANTE DEL JUEZ EN EL REALISMO JURÍDICO.—1. El realismo jurídico escandinavo. La teoría de Alf Ross.—2. El realismo jurídico norteamericano.—3. La teoría de Martin Diego Farrell del «Derecho verificado».—9. LA FUNCIÓN CREADORA DEL DERECHO DE LA EQUIDAD JUDICIAL.

1. INTRODUCCIÓN¹

De todos es bien sabido que la objeción de conciencia en su sentido típico se refiere —aunque en España hoy esté en desuso— a la obligación de prestar el servicio militar. No obstante, cabe amparar otros tipos de objeción a través del art. 16 de la Constitución española de 1978, regulador de la libertad ideológica. Tal es el caso de la objeción fiscal —negativa a pagar impuestos por considerarlos injustos— y la objeción médica —por ejemplo, ante las prácticas abortivas—. Es también el supuesto de una serie de manifestaciones *sui generis* —algunas muy pintorescas—, como la negativa a saludar la bandera, a portar casco en una motocicleta —en el caso de los hindúes—, a afeitarse la barba en prisión —en el de los talibanes—, a las transfusiones de sangre —en los Testigos de Jehová—, etc.

La pregunta es: ¿cabría que un juez objetase en conciencia ante la aplicación de una ley que considera injusta? En otras palabras: ¿cabe hablar de objeción de conciencia para los jueces? La respuesta a primera vista sería negar esta posibilidad, por tener el juez una obligación cualificada de obediencia a la ley, que no está presente en el resto de los ciudadanos.

La cuestión se ha planteado recientemente en nuestro país en relación con la negativa de algunos jueces a casar a personas del mismo sexo.

¹ Este artículo fue presentado como conferencia en el curso de verano de la Universidad de Málaga: «¿Existe un gobierno de jueces? Redefiniendo los límites actuales del poder judicial», en la primera semana de julio de 2006, curso dirigido por Teresa García-Berrio, en el que participaron expertos colegas en la materia, como el profesor José Iturmendi Morales y el profesor Juan Igartua Salaverría.

En estos supuestos: ¿cabe hablar de objeción o estamos más bien ante un supuesto de desobediencia civil? La cuestión no es retórica, pues mientras la objeción —en caso de permitirse al juez esgrimirla— es una figura legalmente reconocida por el Derecho, la desobediencia civil es por definición ilegal —de paralegalidad prefieren hablar algunos, en atención, precisamente, a la concurrencia en esta figura de una cierta aceptación de las sanciones y del marco constitucional democrático, frente a la desobediencia criminal, a los delitos, éstos sí completamente fuera de las reglas de juego—.

Para ver si se trata de objeción de conciencia —legal— o de desobediencia civil —i/paralegal— es preciso estudiar la delimitación conceptual de ambas figuras, las notas convergentes y divergentes, para ver dentro de cuál cae mejor la negativa de un juez a aplicar una norma estimada injusta. Éste es en líneas generales el planteamiento de la cuestión, que intentamos abordar en las líneas siguientes.

2. DISTINTAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE UN JUEZ ANTE UNA NORMA QUE REPUGNA A SU CONCIENCIA

La labor de aplicar e interpretar la norma jurídica y la decisión sobre la solución a aplicar en su caso corresponden al aplicador e intérprete por excelencia del Derecho: el juez. La labor del juez está presidida por una serie de principios².

En primer lugar se encuentra el principio de «independencia de los jueces». Por tal se entiende, no que el juez pueda actuar según su conciencia con total libertad, sino que su labor debe estar desvinculada de postulados políticos, éticos o económicos.

Un segundo principio que debe presidir la tarea del juez es el de «sometimiento al Derecho». Los jueces son independientes, pero deben estar sometidos al imperio de la ley (a tenor de los arts. 9.1 y 117 de la Constitución española de 1978). Esto implica que las decisiones judiciales deben fundarse jurídicamente para garantizar la seguridad jurídica. No obstante, ello no impide atribuir al juez un cierto margen discrecional de creación, pues en nuestros días la revuelta antiformalista ha supuesto una

² Seguimos la aportación de Rafael DE ASÍS ROIG, «Las tres conciencias», en VVAA, *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1993, esp. pp. 27-31.

evolución del principio de legalidad que hace que la labor del juez no sea meramente declarativa y silogística.

Existe, como tercer principio regulador de lo que debe ser la actuación judicial, lo que se conoce como «conciencia social del juez». El juez —el poder judicial—, como integrante del concepto amplio de Estado, debe representar y encarnar la conciencia social, si bien, una vez más, dentro de los márgenes trazados por el ordenamiento jurídico y el principio de legalidad, al servicio de la certeza jurídica en las relaciones sociales.

Hemos visto, pues, cómo la conciencia social, por un lado, y el ordenamiento jurídico, por otro, actúan como dos puntos de referencia que deben marcar la actuación del juez en la aplicación-interpretación del Derecho en general. Pero nos queda un tercer factor a tener en cuenta en este análisis de los principios que presiden la labor judicial: la *conciencia individual*. El juez, aunque represente al Estado y sirva al Derecho, en cuanto ser individual tiene una conciencia personal de la que no puede renegar. ¿Cuál es el papel de la conciencia individual en la tarea del juez? O, en otras palabras, ¿existe un derecho del juez a la objeción de conciencia? ¿Puede el juez, ante un caso concreto, objetar en conciencia contra la ley a aplicar por considerar, por ejemplo, que la misma es no sólo injusta, sino también falta de equidad? ¿Puede ampararse el juez en la libertad ideológica para objetar en conciencia en estos casos?

A continuación nos vamos a referir a algunas vías judiciales a través de las cuales el juez puede eximirse de cumplir la ley objetando en conciencia. Hacemos la salvedad de que al hablar aquí de objeción de conciencia del juez estamos manejando estos términos en un sentido un tanto impropio, distinto, por ejemplo, a cómo lo haríamos al aludir a la objeción de un recluta a realizar el servicio militar o de un médico a practicar un aborto. Teniendo en cuenta esta precisión técnica, pasamos sin más preámbulos al análisis de las tres vías de objeción del juez a la ley indicadas.

Un primer cauce de actuación del juez que en conciencia considera injusta la ley a aplicar e imposible la solución en equidad es «inhibirse y remitir a otro miembro del poder judicial». Esta vía sería en principio posible, aunque, repetimos, no se llame técnicamente objeción. En este sentido el art. 4.3 del Código Penal español de 1995 establece que: «Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea

notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

Otra posible vía de actuación del juez ante un caso cuya solución es considerada ilegítima según su conciencia sería «dictar una resolución conforme a su conciencia, pero contraria a Derecho». Esta segunda solución parece en principio más difícil de admitir que la anterior, pues el juez es un servidor público con una obligación de obediencia cualificada. A menos, y esto sería ya rizar el rizo, que contraargumentemos diciendo que el juez puede dictar una resolución contraria a Derecho —equidad *contra legem*—, pese a ser un funcionario público sometido en el ejercicio de su función a la ley, porque puede objetar también ante esa ley —en este caso, como hemos visto, ante la propia Constitución— que establece los términos y límites en el ejercicio de su función. Pero —decimos— esto parece excesivo porque sería quebrar uno de los principios constitucionales básicos del propio Estado de Derecho: el principio de legalidad.

Finalmente, el juez enfrentado a una ley a su juicio injusta puede optar por una tercera vía de actuación: «utilizar las causas de abstención» previstas en la ley. Nuestro ordenamiento jurídico concede al juez la posibilidad de abstención, sin esperar a que se le recuse, por cualquier causa legalmente tasada, siempre que motive la abstención para evitar actuaciones irreflexivas, pudiendo dicho juez ser objeto de corrección disciplinaria cuando su abstención no se encuentre suficientemente justificada. En el ordenamiento jurídico español una de las causas legales de abstención y, en su caso, de recusación, es la amistad íntima o el «tener el juez interés directo o indirecto en el pleito o causa». Es a través de este concepto de interés directo o indirecto en el pleito como tiene entrada la posibilidad de objeción de conciencia del juez en un caso en que la ley le parezca injusta. Podría así el juez argumentar que posee un interés directo o indirecto en la causa, al encontrarse en conciencia en desacuerdo con el sentido de la norma, por estar su conciencia individual en contradicción con la conciencia social del Estado que él debería representar. Esta tercera vía de la abstención es lo más parecido a una objeción de conciencia del juez ante un caso cuya resolución conforme a Derecho le parezca injusta.

3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO FIGURA RELACIONADA CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL. CARACTERÍSTICAS CONVERGENTES Y DIVERGENTES ENTRE ELLAS

A menudo la libertad de conciencia lleva a asumir posturas como la objeción de conciencia y otras similares, aunque no exactamente equivalentes, como la desobediencia civil o la insumisión. En realidad, no se trata de figuras tan alejadas unas de otras³. Por eso no está de más abordar aquí en su sentido estricto el tema de la delimitación de la objeción de conciencia⁴ frente a la figura, afín pero no totalmente equiparable, de la desobediencia civil. A la vez que vamos realizando la delimitación paralela de ambas figuras, veremos si lo que el juez hace al desobedecer la ley injusta es, al menos conceptualmente, más bien lo uno o lo otro: objeción de conciencia —legalmente permitida— o desobediencia civil —paralegal—, aunque hacemos la salvedad, una vez más, de que en sentido estricto el juez no puede objetar en conciencia —como veíamos en el epígrafe anterior—.

De un análisis histórico del tandem desobediencia civil-objeción de conciencia deducimos el siguiente dato: ambas participan conjuntamente de una historia análoga. En ella se pueden observar tres etapas claramente diferenciadas:

1. En un primer momento sus etiquetas se trastocaron y así, por ejemplo, lo que era desobediencia civil para Henry David Thoreau⁵ en

³ Marina GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 240-242.

⁴ Sobre el tema véanse José Carlos ALARCÓN LÓPEZ, «La libertad ideológica y la objeción de conciencia», en *Tapia*, año VII, núm. 44, enero-febrero de 1989, p. 32; María Gabriella BELGIORNO DI STEFANO, «Obiezione di coscienza, diritto di resistenza e diritti fondamentali dell'uomo», en Franco BIFFI, *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa. Atti del V Colloquio Giuridico (8-10 de marzo de 1984)*, Roma, Libreria Editrice Lateranense, 1985, pp. 533-538; Bruno MONTANARI, *Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Milano, Giuffrè, 1976.

⁵ Henry David Thoreau fue un pensador y autor norteamericano del siglo XIX que ha pasado a la historia contemporánea de los Estados Unidos básicamente por dos conceptos: su aportación al movimiento ecologista, fruto de su experiencia de vida en solitario en el bosque en una cabaña que él mismo se construyó con la ayuda de unos amigos, y que da lugar a su obra, ya un clásico, *Walden*, en alusión al nombre de la charca al lado de la cual estaba ubicada la casa; y, por otra parte, su acción de desobediencia al pago de los impuestos que se le exigían para sufragar la guerra de su país contra México por la anexión del territorio de Texas, por considerar que se trataba de una guerra injusta, lo cual le llevó a realizar una breve —en realidad, brevísima, de sólo una noche— «estancia» en la cárcel y a la posterior conferencia

realidad sería hoy para muchos objeción de conciencia; y, al contrario, lo que para Gandhi era objeción de conciencia sería en realidad hoy desobediencia civil.

2. Luego ambas figuras encontraron una clara separación en la doctrina, así, por ejemplo, en John Rawls, que a su vez se inspira en Hugo Adam Bedau.

3. Hoy, por un lado, dichas categorías tienden a fundirse en una misma acción —es el caso de los actos de insumisión—, y por otro lado, también la ciencia político-jurídica tiende a elaborar una estrategia común que elimine las diferencias entre una y otra —aquí se sitúan los discursos acerca de la admisión en el Derecho positivo de la desobediencia civil, como puede ser el caso de la Ley Fundamental de Bonn y su reconocimiento expreso del derecho de resistencia—.

Siguiendo el título de la monografía que sobre el tema tiene Mayela Ruiz Murillo⁶, pueden distinguirse una serie de «convergencias», concordancias, puntos afines o aspectos en común, en el concepto y en la naturaleza de la desobediencia civil y la objeción de conciencia, y una serie de «divergencias», aspectos no concordantes o puntos disímiles entre ellas⁷.

para justificar tal incidente ante sus conciudadanos de Concord (Massachusetts) en el Liceo de dicha ciudad, conferencia que sería publicada póstumamente bajo el título de «Desobediencia civil», por idea de su editor, inspirándose en la correspondencia que había mantenido con Thoreau, obra que inspiró a Gandhi y a Martin Luther King, y que da nombre al movimiento que a partir de entonces se ha conocido como desobediencia civil. Otro precedente de desobediencia civil fue Sócrates. Sobre él destacamos José ITURMENDI MORALES, «Proceso y muerte de Sócrates. Un sabio ante la justicia de su tiempo», en *Grandes abogados, grandes procesos que hicieron historia*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 155-159.

⁶ Mayela RUIZ MURILLO, *Convergencias y divergencias en el concepto y la naturaleza de la desobediencia civil y la objeción de conciencia a partir de la teoría de la justicia de John Rawls*, tesina de especialización, texto mecanografiado, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989.

⁷ Véase, respecto al tema de la desobediencia civil, María José FALCÓN Y TELLA, *La desobediencia civil*, Prólogo de Fernando GARRIDO FALLA, Madrid, Marcial Pons, 2000, esp. pp. 76-84; recensionado por el profesor Guido SARACENI, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3, julio-septiembre de 2001, pp. 424-426; por la profesora Paula LÓPEZ ZAMORA, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, pp. 312-315; por la profesora Beatriz CASTRO TOLEDO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 94, curso 1999-2000, pp. 243-266; por el profesor Óscar M.^a PRIETO GARCÍA, *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 2001, pp. 1026-1035; por el profesor Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ, *Veintiuno. Revista de Pensamiento y Cultura*, vol. 53, primavera de 2002, pp. 146-148; por el profesor Pedro RIVAS, «De nuevo sobre la desobediencia civil», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, pp. 447-450. Véanse también nuestros libros: *Legal Validity and Civil Disobedience*, India, Indian Institute of Comparative Law, 2000; *La désobéissance civile face à la Philosophie du Droit*, Prólogo de Alfred FERNÁNDEZ, presidente de la Université d'été des droits de l'hom-

Las convergencias entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia son básicamente las siguientes: tanto una como otra plantean en sí mismas un comportamiento de «oposición» del individuo-ciudadano frente al Derecho. Ambos son actos realizados por sus autores «abierto, intencional y conscientemente». De igual modo, tanto en la desobediencia civil como en la objeción de conciencia encontramos un común denominador, la «no violencia» de la actuación de sus autores. No sólo en la desobediencia civil,

me et du droit à l'éducation, Genève, Editions Diversités, 2004; *Civil Disobedience*, traducción al inglés por Peter Muckley, Prólogo de Martti KOSKENNIEMI, catedrático de Derecho Internacional Público y director del Instituto Erik Castrén de la Universidad de Helsinki, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004; *El ciudadano frente a la ley*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina-Universidad Complutense de Madrid, 2004 (reseña en *ABC. Blanco y Negro Cultural*, del 27 de noviembre de 2004, p. 17), 2.^a ed., 2006; *A History of Civil Disobedience*, Genève, Editions Diversités, diciembre de 2004. Véanse también nuestros artículos: «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil», en VVAA, *Guerra, Moral y Derecho*, Madrid, Actas, 1994, pp. 215-257; «Should we Obey the Unjust Law? The Question of Civil Disobedience», en *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXIII, 1997, pp. 11-37; «La désobéissance civile», en *Revue Interdisciplinaire D'Études Juridiques*, núm. 39, 1997, pp. 27-67; «Los precedentes de la desobediencia civil en el mundo griego», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 90, 1998, pp. 67-87; «Principal Realist Theories of Efficacy and Obedience to the Law», en *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXV, núms. 1 y 2, 1999, pp. 21-41; «Legal Validity and Obedience to the Law», en *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXV, núms. 1 y 2, 1999, pp. 89-101; «La desobediencia civil como derecho», en *Cadernos de Direito da UNIGRANRIO*, Brasil, Universidade do Grande Rio, 1999, 1, pp. 15-29; «Un droit à la désobéissance civile? Quelles conséquences juridiques?», en *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, núm. 45, diciembre de 2000, pp. 87-101; «Legal Justification for Civil Disobedience. Is it Possible?», en *Indian Socio-Legal Journal*, XXVI, núms. 1 y 2, 2000, pp. 137-145; «Legal justification for civil disobedience: A right to no law», Ponencia presentada al Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, celebrado en Nueva York, del 23 al 30 de junio de 1999, en el Heft «Human Rights, Minority Rights, Women's Rights» del *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag; «Desobediencia civil y derecho de asilo», en *Revista Hispano-Cubana*, núm. 6, 2000, pp. 159-165; «La desobediencia civil y la Constitución española de 1978: ¿Un derecho a la desobediencia?», en *Libro Homenaje a Pablo Lucas Verdú*, Madrid, 2001, pp. 1563-1597; «El desobediente civil ante el Derecho penal», en *Libro Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, CEURA, 2001, pp. 3149-3165; «Justified Illegality: The Question of Civil Disobedience», en Arend SOETEMAN (ed.), *Pluralism and Law. Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 2003. *Proceedings of the 20th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Amsterdam, June 20-24, 2001, volume 2: State, Nation, Community, Civil Society*, pp. 44-52; «The Presumption of Innocence and Civil Disobedience», en Alexander PECZENIK (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress, Lund (Sweden), 12-17 August, 2003. Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie. Beiheft Nr. 95*, Franz Steiner Verlag, Parte I, *Justice*, pp. 176-184; «Legal Justification for Civil Disobedience?», en *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XIII, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pp. 19-35; «Civil Disobedience and Test Cases», en *Ratio Iuris*, vol. 17, núm. 3, Blackwell, septiembre de 2004, pp. 315-328; «The Main Representatives of Civil Disobedience», en Fernando FALCÓN Y TELLA (coautor), *Indian Socio-Legal Journal. An International Journal of legal Philosophy, Law and Society*, vol. XXXI, núms. 1 y 2, 2005, pp. 45-59; «Civil Disobedience as a Problem of Justification», en *Rechtstheorie*, núm. 36, 2005, pp. 243-261.

sino también en la objeción de conciencia, sus autores aceptan en principio la «sanción» que se les impone por sus actos: si no se acepta la prestación sustitutoria estamos más que ante objeción de conciencia, ante un caso de insumisión. Tanto en la desobediencia civil como en la objeción de conciencia hay un último «fundamento moral» en común. Así como la desobediencia civil guarda una mínima lealtad o «fidelidad» al ordenamiento jurídico-político, de igual manera la objeción de conciencia no pone en duda la legitimidad general del Derecho en su conjunto y, muy especialmente, de la Constitución. Su protesta es, por tanto, en ambos casos parcial — dirigida contra una norma concreta—. La desobediencia civil es, como la objeción de conciencia, «pública» —tratándose de un acto clandestino sería preferible hablar de evasión de conciencia más que de objeción de conciencia—, si bien la objeción de conciencia, a diferencia de la desobediencia civil, no busca la publicidad.

Pero más importante que ver cuáles sean las convergencias del concepto de objeción de conciencia con el de desobediencia civil, resulta aquí esbozar las divergencias que ambas figuras presentan⁸, para ver luego si la desobediencia del juez cae dentro de una u otra. Para su más clara exposición las agruparemos distinguiendo el quién, el porqué, el cómo, el qué y el para qué —es decir, el sujeto, el fundamento, la forma, el objeto y la finalidad— de las nociones en cuestión.

1. ¿QUIÉN? Comenzando por el «sujeto», mientras la desobediencia civil es por definición «colectiva», la objeción de conciencia es «individual» —dice Rawls que no apela al sentido de justicia de la mayoría—. En esto la actuación del juez que se niega a aplicar una ley que considera injus-

⁸ En la exposición de las principales diferencias entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia seguimos básicamente a Mayela RUIZ MURILLO, *Convergencias y divergencias...*, op. cit., esp. pp. 54-55, 186-190 y 208-218; Ramón SORIANO, *La desobediencia civil*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, esp. pp. 30-31 y 44-47; Marina GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, op. cit., esp. pp. 33-34, 58-59, 62, 68-69, 76-77, 79-82 y 84; Giovanni COSÌ, *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Milano, Giuffrè, 1984, esp. pp. 6-7, 13-17, 21-22, 48 y 57. Asimismo, a Luis PRIETO SANCHÍS, «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho», en *Sistema*, núm. 59, marzo de 1984, pp. 41-62, esp. pp. 50-51; Fernando NAVARRO AZNAR, *Desobediencia civil y sociedad democrática*, Prólogo de Mariano HURTADO BAUTISTA, Murcia, Ediciones Myrtia, 1990, p. 8; Alfonso RUIZ-MIGUEL, «Leyes y sentencias erróneas», en VVAA, *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica...*, op. cit., pp. 143-147; Morris KEETON, «The Morality of Civil Disobedience», en *Texas Law Review*, vol. 43, marzo de 1965, p. 511; Jaime E. MALAMUD GOTI, «Is There the Right to Disobey the Law on Moral Grounds?», en *Rechtstheorie*, 17 Band, 1986, pp. 208-211; Ernest VAN DEN HAAG, «Civil Disobedience and the Law», en *Rutgers Law Review*, vol. 21, núm. 1, 1966, pp. 36-37.

ta se parece más a la objeción de conciencia que a la desobediencia civil, pues es individual y busca su objetivo subjetiva y privadamente.

Desde esta perspectiva, «la desobediencia civil aparece como una forma atípica de participación política, en suma, como una actuación que se propone incidir en el ámbito de las decisiones colectivas, mientras que la objeción se configura como un acto estrictamente privado, no político, que trata de salvaguardar la conciencia de un individuo llamado a cumplir el deber jurídico que considera inmoral». La desobediencia civil no se mueve en el plano individual y puramente subjetivo, sino en un marco intersubjetivo. De ahí que para distinguir la desobediencia civil de la objeción de conciencia se traiga a colación la dicotomía existente entre lo público, para la primera, y lo privado, para la segunda; entre lo político, para la primera, y lo ético, para la segunda.

Expresado de otra manera: en la desobediencia civil cabe un plano de actuación por solidaridad o simpatía que no puede trasladarse a la objeción de conciencia, donde no es admisible la representación o actuación en nombre de otro. Al objetor no le interesa, como al desobediente, llamar la atención de la opinión pública, sino la resolución privada y pacífica de su dilema personal. Lo que ocurre es que el problema del objetor puede afectar a otros que componen una minoría social, y si los poderes públicos no encuentran una solución satisfactoria es muy probable que los objetores se unan unos con otros con una cierta organización, de tal manera que la objeción de conciencia se transforme poco a poco en una pública desobediencia civil.

Del carácter colectivo de la desobediencia civil y el tono eminentemente individual de la objeción de conciencia se deduce otra nota distintiva: mientras aquella es un acto organizado —es decir, un acto que se realiza por quienes coinciden en sus pretensiones y se agrupan para conseguir las—, la objeción de conciencia es un acto que en principio no plantea estrategia ni organización alguna, como acto individual que es. Otra cosa distinta es que pueda transformarse en desobediencia civil, como movimiento de objeción de conciencia, de varias personas que coinciden en sus pretensiones.

2. ¿POR QUÉ? La objeción de conciencia obedece a motivos éticos, de conciencia, que, a su vez, pueden revestir distinta naturaleza —religiosa, humanitaria, moral, filosófica, etc.—, mientras que en la desobediencia civil, aunque también concurren móviles éticos, éstos se mezclan con un componente político, de cambio político y, además, no tienen entrada los componentes de moralidad personal y las doctrinas religiosas de cada

sujeto, a diferencia de las guerras confesionales —las Cruzadas o la Guerra Santa musulmana, por ejemplo—.

La posición moral debe tener una cierta objetividad, debe ser intercambiable a cualquier sujeto que ocasionalmente se situase en la misma situación personal del desobediente en cuestión. La infracción del objetor estaría impulsada por una moral individual y no compartida, mientras que la del desobediente debería invocar precisamente los mismos principios de justicia sobre los que se asienta el orden jurídico, que habrían sido circunstancialmente ignorados por la mayoría. En esto la actuación del juez que se niega a aplicar una ley que permite el matrimonio de parejas del mismo sexo se refiere a móviles individuales, no objetivos e intercambiables a cualquier sujeto, pues habrá muchos jueces a quienes esta nueva normativa sobre matrimonios no sólo no repugne, sino que la aplaudan. Por lo tanto, al menos conceptualmente, una vez más la figura en cuestión entraría en la categoría de objeción de conciencia.

La objeción de conciencia es el resultado de un conflicto entre el Derecho y la Moral, entre el deber jurídico y el deber moral, en el cual la Moral vence al Derecho. En cambio la desobediencia civil es el resultado de un conflicto entre el deber jurídico y el deber político, conflicto que se resuelve, con absoluta neutralidad moral, con el triunfo de la Política sobre el Derecho. En este sentido los jueces, al deber ser independientes de postulados políticos, no podrían, a diferencia del desobediente civil, promover la reforma política del sistema.

Otra diferencia en cuanto al fundamento es que el objetor de conciencia, aunque manifiesta públicamente su conducta, puede mantener en secreto las razones y motivaciones que le impulsan. Sin embargo, el juez debe siempre argumentar y motivar sus resoluciones. En esto se parece más al desobediente civil, quien, para hacer efectiva su protesta y para dar muestra de buenas intenciones, debe hacer públicos sus móviles. Fue el caso de Gandhi o Luther King, que llegaban incluso a comunicar con antelación sus campañas de desobediencia civil para otorgarles la mayor audiencia posible y dar muestra de buena fe.

La doctrina señala básicamente tres tipos de motivos para la objeción de conciencia, que en la práctica se mezclan y confunden dentro de un mismo sujeto:

A) Los motivos religiosos, que se fundamentan en la espiritualidad y el temor de una sanción ultraterrena y entroncan con el cristianismo, la teoría de la guerra justa (formulada por San Agustín y desarrollada por Santo

Tomás de Aquino, Vitoria y Suárez) y el subjetivismo al juzgar los dogmas, introducido por la reforma protestante de Lutero o Calvino y compartido por movimientos como el de los cuáqueros o los Testigos de Jehová.

B) Los motivos éticos, morales y filosóficos son los de tipo humanitario o pacifista, en conexión con el criterio del bien y del mal, y se extendieron considerablemente con la carrera de armamentos y la posibilidad de una guerra nuclear.

C) Los motivos políticos, seguidos por las corrientes anarquistas, neutralistas, internacionalistas y marxistas. Son los que ofrecen más problemas a la hora de su admisión legal y doctrinal⁹.

3. ¿CÓMO? En tercer lugar, juega un papel importante en la distinción entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia su «forma» respectiva. Así, en la desobediencia civil habría publicidad y carácter colectivo, mientras que la objeción de conciencia no exige ninguno de estos dos componentes. La publicidad, si se produce, es accidental, no buscada ni deseada. Aquí, una vez más, la actuación del juez que se opone a aplicar una ley injusta es más afín a la objeción de conciencia que a la desobediencia civil.

Además, la desobediencia civil, a diferencia de la objeción de conciencia, es un acto que se realiza como «último recurso», cuando ya no queda más remedio que acudir a la vía de hecho de incumplimiento de lo prescrito en la norma jurídica, mientras que la objeción de conciencia es una vía legal, reconocida en la mayoría de los sistemas democráticos y, en cuanto tal, no necesita el agotamiento de otras posibles vías. El juez en esto sí que debería intentar previamente remitir a otro juez, abstenerse, etc., y sólo como última vía la objeción.

Por otro lado, el objetor de conciencia no debe causar daños irreversibles y de carácter esencial a terceros. Imagínense los lamentables casos de la objeción de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre de sus hijos, cuestionando incluso el propio derecho a la vida de esas personas. Por el contrario, la desobediencia civil a veces, si bien como consecuencia indirecta no deseada, produce daños a terceros, como daños físicos o perturbación de las propiedades de dichos terceros. Aquí la conducta del juez al negarse a aplicar la ley a su juicio injusta puede crear cierto efecto o daño colateral al generar caos social e inseguridad

⁹ Fernando AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1984-1985, pp. 14-21.

jurídica. Pero, por otra parte, como el juez que se niega a «casar» a una pareja del mismo sexo no se niega, sin embargo, a que la case otro juez al que su conciencia no le impida hacerlo, la inseguridad jurídica no es tan grande.

Otro rasgo diferenciador es que la desobediencia civil nunca se reconoce por el Derecho, mientras que la objeción de conciencia sí, y así una gran parte de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional la considera una modalidad de la libertad ideológica. Aquí el Derecho tampoco reconoce expresamente la figura de la objeción de conciencia «del juez». En este sentido falta el reconocimiento o tipificación legal, al igual que en la desobediencia civil.

Si bien la desobediencia civil y la objeción de conciencia son ambas manifestaciones de la desobediencia al Derecho, la segunda ha adquirido, por su importancia histórica, una autonomía que la primera no ha sido capaz de alcanzar; circunstancia que hace que la objeción de conciencia haya sido reconocida de forma expresa en muchos Estados, pasando a la categoría de derecho y, por tanto, dejando de ser desobediencia al Derecho, situación ésta que en la desobediencia civil continúa sin resolverse. La objeción de conciencia, como derecho, es un logro de la desobediencia civil, como proceso para alcanzar ese derecho. Tal vez podría afirmarse que los casos aislados de «objeción de conciencia» de jueces no son sino los primeros pasos en ese camino de obtención de reconocimiento para la figura de la objeción de conciencia judicial.

Resulta interesante, asimismo, destacar en cuanto a la forma cómo no cabe hablar de objeción de conciencia indirecta a diferencia de lo que ocurre en la desobediencia civil. El objetor se opone directamente a una norma a él dirigida que viola, pero no para mostrar su disconformidad hacia una segunda norma injusta. A este respecto, cuando se plantea el problema de la delimitación conceptual entre estas dos figuras jurídicas cabe preguntarse lo siguiente: si se representasen ambos conceptos mediante círculos, ¿resultarían círculos concéntricos, secantes o tangentes? En realidad la respuesta adecuada sería que la relación entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil estaría formada por dos círculos «secantes» —que se cortan entre sí—, cuyas partes no comunes corresponderían a la objeción de conciencia legal y a la desobediencia civil indirecta, y cuya parte común comprendería tanto la objeción de conciencia ilegal como la desobediencia civil directa. Es precisamente en estas partes comunes en las que se situaría la objeción de conciencia del juez, como objeción de conciencia ilegal o como desobediencia civil directa.

4. ¿QUÉ? Por lo que respecta al «objeto» sobre el que versan la objeción de conciencia y la desobediencia civil, existe entre los expertos una tendencia bastante generalizada, aunque no siempre suficientemente explicada, a considerar la objeción de conciencia como el incumplimiento de un deber jurídico de tipo positivo, de un mandato, como una conducta «omisiva», frente a la desobediencia civil que, según la mayoría de la doctrina, puede consistir tanto en un hacer como en un omitir.

Según J. Malamud, la objeción de conciencia pierde su sentido cuando se opone a deberes jurídicos que permiten optar entre el cumplimiento de diversas obligaciones. Ciertamente, si la norma impone una sola obligación de forma excluyente parece cierto que la objeción esté más justificada que si la norma nos ofrece distintas obligaciones alternativas, pues probablemente no todas repugnarán a la conciencia del objetor. Si esto es así, resulta lógico que la objeción se formule contra mandatos más que contra prohibiciones, pues las normas que mandan hacer algo autorizan «una sola» acción, mientras que las que prohíben algo permiten todas las conductas «menos esa». En esto la conducta del juez que se niega a aplicar la ley que estima injusta es un caso de incumplimiento de la «obligación» de obediencia a la ley, que, como hemos indicado, es especialmente cualificada en el juez.

Suele señalarse también que la desobediencia civil se refiere a la violación de obligaciones «reales», mientras que la objeción de conciencia versa sobre obligaciones «personales». La obligación de obediencia a la ley del juez es de tipo personal, como la objeción de conciencia.

5. ¿PARA QUÉ? En cuanto a la «finalidad» perseguida, es muy útil trazar la distinción entre la oposición a un deber impuesto por la norma «en abstracto» y la oposición o inmunidad a la ley «en determinada circunstancia» que nos afecta personalmente. El objetor de conciencia es el menos exigente de los resistentes, pues lo que busca es una excepción en la aplicación de la ley, mientras que el desobediente civil se opone a la existencia misma de la ley cuestionada.

En cierto modo la diferencia es semejante a la que presentaba Kant entre la «negación» de la ley y la mera «desviación» o elusión de la misma. Mientras en la desobediencia civil estamos ante el primer supuesto, la objeción de conciencia se acoge más bien al segundo. Como institución aceptada por el Derecho moderno, el propósito de la objeción de conciencia no puede concretarse en una negación frontal de las normas jurídicas, por ser una contradicción, sino en la exigencia de una excepción justificada de la obediencia a las mismas. A diferencia de la desobediencia civil, que se pro-

pone educar al público y realizar un cambio jurídico-político, la objeción se limita a una exención privada, a «lavarse las manos» personalmente.

La objeción de conciencia constituye una actuación aislada, defensiva e incluso negativa, encaminada sólo a que el actor no haga nada que su conciencia le prohíba, mientras que la desobediencia civil es ofensiva, positiva y se orienta a un cambio del programa político por considerarlo inmoral, perjudicial o bien simplemente torpe, estúpido.

El objetor de conciencia no aspira, como el que desobedece civilmente, a modificar la ley en cuestión, sino que se circunscribe a su caso particular. La objeción de conciencia no es ni una táctica ni una estrategia política, sino una actitud personal, pues su significado se agota en su propia exteriorización. Mientras el desobediente civil desobedece para que progrese la legislación general, el objetor no. Se trata de una decisión que no transpone los límites del ámbito estrictamente personal y que no pretende más que la paz del individuo con las raíces de su yo.

Una actitud es la de quien en nombre de su conciencia adopta una postura de disconformidad, que no busca ni la publicidad ni la suma de adhesiones, precisamente porque no pretende incidir en el ámbito político, y otra diferente la de quien diseña una estrategia de desobediencia orientada a despertar el interés de la opinión pública y a obtener el favor de terceros. En la objeción de conciencia las normas que se incumplen se rechazan sólo en cuanto nos afectan personalmente y no porque se quieran suprimir en general¹⁰. El fin no es tanto modificarlas como no participar en ellas. Se rehúsa su cumplimiento porque son injustas más que para que dejen de serlo¹¹. Aquí de nuevo la objeción de un juez a aplicar la ley por considerar, por ejemplo, que no es matrimonio la unión de parejas del mismo sexo no implica a su vez la objeción a que otro miembro del poder judicial case a estas parejas. Es, por lo tanto, más acorde con la objeción de conciencia que con la desobediencia civil.

¹⁰ José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, «La desobediencia civil», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, año 2, mayo-agosto de 1982, p. 97.

¹¹ Juan Claudio ACINAS, «Sobre los límites de la desobediencia civil», en *Sistema*, núm. 97, julio de 1990, p. 103. El objetor de conciencia no persigue la quiebra del sistema político o un cambio legislativo, sino la simple excepción o exención de la obligatoriedad de cierta norma o normas jurídicas en lo que a él afecta. En la desobediencia civil el desobediente desciende a la «arena» política a luchar por sus ideales; el objetor permanece en su torre de marfil —si bien es cierto que realiza la prestación social sustitutoria— esperando inmunidad, pero sin luchar por la transformación del sistema cara a otros sujetos.

4. LOS MODELOS DE JUEZ: HÉRCULES, JÚPITER Y HERMES

Ya François Ost, catedrático de las *Facultés Universitaires Saint-Louis* y director de la *Académie Européenne de Théorie du Droit* de Bruselas, estableció un paralelismo entre tres modelos de juez: Hércules, Júpiter y Hermes. Resulta interesante desarrollar esta metáfora, que no es sino otra manifestación de cómo en cada uno de estos tres modelos es mayor o menor la libertad de elección del juez.

El sistema de Hércules, propio de las teorías «realistas norteamericanas», especialmente la de Ronald Dworkin —que habla de un juez que «toma los derechos en serio», en expresión que da título a una de sus obras más conocidas, y que trata de dar la «respuesta correcta» a los «casos difíciles»—, se refiere a un juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo —pirámide invertida—. Aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial. Frente a la generalidad de la ley, impera la singularidad del caso concreto. Al Código le sustituye el *dossier*. El *dossier* acarrea la proliferación de las decisiones particulares, la singularidad y lo concreto del juicio, frente a la generalidad y abstracción de la ley. El papel de la equidad es crucial en este modelo. El embudo evoca el predominio de una justicia inspirada por la balanza de nuestros cálculos cotidianos, materiales, profanos... Es la teoría propia del Estado social o asistencial del siglo xx. El modelo herculaneo nos trae a la Tierra. Frente al modelo de Júpiter, como hombre de ley, el juez Hércules se nos manifiesta como ingeniero social. El tiempo se concibe aquí como algo discontinuo, hecho de irrupciones jurídicas esporádicas y desechables después del uso. Se trata de un modelo pluralista.

El Derecho jupiteriano, proferido desde arriba, de algún monte Sinaí, se deposita en las tablas de la ley o códigos y constituciones modernos. La imagen es la de una pirámide normativa —«*Stufenbau*»— en cuya cúspide descansa lo sagrado, la trascendencia. El movimiento que alimenta esta construcción es siempre lineal y unidireccional. El modelo de la pirámide traduce las exigencias del Estado liberal de Derecho del siglo xix. En este modelo primaría la ley codificada y general, reflejo de una justicia abstracta, frente a la equidad como justicia del caso concreto. El Derecho jupiteriano es acorde con una concepción del tiempo orientado hacia un futuro que se considera mejor, con la creencia moderna en el progreso de la historia, a través de la ley, como anticipo de cosas posi-

bles y consideradas preferibles. Se trata de un modelo monista, frente al modelo pluralista de Hércules.

El Derecho posmoderno considera superados ambos modelos: el de Hércules y el de Júpiter. Como alternativa presenta los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses, el intérprete, el mediador, el portavoz. Si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter y el embudo al pragmatismo de Hércules, la imagen de Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo —la jurisprudencia equitativa— ni otro —la ley abstracta—, ni siquiera la combinación de ambos, sino una multitud de puntos interrelacionados. La información ya no cabe en un *dossier* o en un código, sino que se expresa en un banco de datos. Hermes no es ni trascendencia —legitimidad— ni inmanencia —eficacia—, sino la combinación de ambas. Las características propias del modelo del juez Hermes serían el gradualismo y el relativismo —frente al dogmatismo y al escepticismo—, la circularidad —frente a la estructura jerarquizada—, el Derecho —y el papel desempeñado por la equidad— como un juego, el abandonar la monofonía por la polifonía sin caer por ello necesariamente en la cacofonía —el «ruido», como se dice en lenguaje informático, para designar lo carente de significado—, el concebir el Derecho como algo necesariamente inacabado, siempre en suspense y siempre relanzado, como un juego complejo, con actores múltiples —el juez, el legislador, la sociedad civil—. Frente a un Derecho duro o blando —*hard* o *soft*—, se habla de un Derecho flexible, poroso, un Derecho «líquido», fluido, intersticial e informal.

Esto conecta con el tema de la objeción de conciencia del juez. Frente al Derecho asociado a la idea de rigidez —el Derecho, regla de acero—, el juez interviene y configura un derecho «fluido», como un líquido. Recordemos la metáfora de la equidad comparada con la regla de plomo, metal flexible, utilizado en Lesbos en la construcción para amoldarse a las sinuosidades de la piedra. ¿Acaso no puede existir una regla líquida, si incluso ciertos metales, como el mercurio, presentan esta particularidad? ¿Es realmente una casualidad que los alquimistas de la Edad Media dieran el nombre de «mercurio», equivalente latino del Hermes griego, a un metal tan particular? Entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, se encuentra este modelo del juez Hermes, que combina en proporción variable la regla y el azar, la convención y la invención, la apertura y el cierre, el juego como «*game*» —expresión inglesa que se refiere más bien al juego reglamentado, como el «*football*» o el «ajedrez»— y

como «play» —que apunta sobre todo al juego libre e improvisado, como disfrazarse en carnavales o el juego amoroso—¹².

5. LA DESOBEDIENCIA DEL JUEZ, ¿UNA MANIFESTACIÓN DE LA EQUIDAD? LA EQUIDAD O EL ARTE DE JUZGAR

Tal vez no sea forzar demasiado la realidad el considerar la desobediencia del juez como una aplicación equitativa de la ley en vez de como una infracción abierta y pura de la misma. Esta conclusión la podemos obtener con cualquiera de las dos principales acepciones de la equidad que se suelen manejar: la romano-canónica y la griega.

Según la concepción romano-canónica la equidad es la humanidad, la benignidad, la piedad a la hora de aplicar la ley, mitigando su rigor y humanizándola para evitar que se verifique el aforismo «*summum ius, summa iniuria*». Es una concepción de la equidad que entra en los aspectos materiales de la ley, en su contenido.

Por el contrario, según la concepción griega de la equidad como «*epi-queya*», nos centramos en los aspectos meramente externos o formales y consideramos que la equidad es la justicia del caso concreto, la adaptación de la ley, abstracta por definición, a las singularidades del caso, sin entrar a conocer sobre si esto es más benigno o menos, mejor o peor, desde el punto de vista del contenido.

La equidad en cualquiera de estas dos acepciones puede relacionarse con la desobediencia del juez. Puede que el juez que desobedece una ley por considerarla injusta no esté sino reclamando una aplicación equitativa de la ley en alguno de estos dos sentidos. En unos casos puede tratarse de una ley demasiado rigurosa, que aplicada matemáticamente daría lugar a injusticias. En otros supuestos la ley es demasiado general y hay algún grupo, alguna minoría, que requiere una justicia adaptada a las exigencias de su situación concreta.

En ambas situaciones el desobediente juzga que la justicia como absoluto debe convertirse en «justeza», en justicia del caso concreto. Esto exigirá unas veces dulcificar la ley, otras hacer una excepción. Es cierto que si lo que pretendemos es la aplicación rigurosa de la ley, en estos casos

¹² Aunque esta idea está presente en diversas obras de François OST, «Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur», en *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 1983. Valga por todas su formulación específica en el artículo «Júpiter, Hércules y Hermes: Tres modelos de juez», en *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 169-194.

debemos admitir que se ha infringido la norma. Pero si no hablamos en términos absolutos, sino relativos, si no miramos sólo en línea recta, sino que ampliamos nuestro campo de visión, si no razonamos al modo todo o nada, sino que admitimos gradaciones, podremos decir que lo que el juez ha hecho es simplemente una aplicación equitativa del Derecho. Puede que se nos objete que en estos supuestos de aplicación del Derecho a través de la equidad no hay auténtica violación de la ley y, por lo tanto, no cabe hablar de verdadera desobediencia del juez. Pero lo cierto es que, en la realidad, la frontera que separa la violación de la ley de su inaplicación por razones de equidad es un terreno incierto, con confines poco definidos, una zona de arenas movedizas donde corresponde al juzgador actuar con tino y prudencia, sí, pero también con flexibilidad, para mantener el equilibrio, el punto medio de la virtud, entre lo que es desobediencia pura y dura y la desobediencia equitativa, es decir, la desobediencia del juez ante la ley injusta en el noventa por ciento de los casos.

En este sentido es añeja la discusión —que se refleja en el título de la clásica monografía sobre el tema de Carlos M.^a Entrena Klett, *La equidad y el arte de juzgar*¹³— sobre si el Derecho es una ciencia o un arte. Para algunos se trata de una cuestión bizantina, de un «rizar el rizo», sin utilidad práctica alguna.

Por «ciencia» se entiende el conocimiento metódico de las reglas que rigen una determinada materia. Así, la Ciencia del Derecho sería el conocimiento metódico del grupo especial de normas ordenadoras de la convivencia humana que constituye el Derecho.

Por «arte» entendemos el conjunto de procedimientos empleados por el hombre, individual o colectivamente, para alcanzar un resultado bello o útil.

Pero quizás la nota distintiva más importante entre ambas nociones sería que, así como la ciencia procura con su método determinar las leyes permanentes e inmutables de la rama particular de que se trate y su conocimiento, en el arte el dominio de las reglas «técnicas» de cada rama es muy conveniente, pero no imprescindible para la obtención del resultado propuesto.

De las definiciones y notas vistas podríamos extraer dos consecuencias o conclusiones:

- El Derecho es una ciencia.
- La «aplicación» del Derecho es un arte.

¹³ Carlos M.^a ENTRENA KLETT, *La equidad y el arte de juzgar*, Pamplona, Aranzadi, 1979, 2.^a ed. revisada, 1990, esp. pp. 82-88.

El jurista debe «conocer» la «Ciencia del Derecho» y el jurista práctico —el abogado, el juez—, al igual que el autor de la obra de arte conoce el oficio y la técnica a él inherente previamente a la realización de su obra, debe, además de conocer el Derecho, emplear una serie de medios para obtener un resultado, ya no tan sólo «ajustado» a Derecho, sino, y sobre todo, «justo» —artístico, en el símil propuesto—. Para ello su tarea trasciende las áridas llanuras de la técnica y se adentra en el corazón y la magia misma del arte. Del mismo modo que el hombre es un animal pero, no obstante, se diferencia de los otros seres vivos de la creación por su inteligencia, voluntad y espiritualidad, así el juez no debe limitarse en el desarrollo de su cometido de aplicador principal del Derecho a ser un mero ejecutor de la ley, sino que debe transmitir a su creación —la máxima judicial, fallo o sentencia— lo mejor que hay en él, lo más propiamente humano, lo que elevará dicha creación al Olimpo del arte: el «arte de juzgar». En este sentido, cuando un juez se niega a aplicar una regla técnicamente correcta es tal vez porque llevaría a un resultado poco justo, poco acorde con lo que el arte de aplicar el Derecho aconseja al juzgador.

6. ¿DESOBEDIENCIA O MODALIDAD DE ARGUMENTACIÓN CONFORME AL ARGUMENTO «PSICOLÓGICO»?

El argumento psicológico es aquel por el que se atribuye a una norma el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó. El problema es cómo hallar la voluntad del legislador. Una intrusión de tipo psicológico sería de hecho imposible, máxime cuando normalmente no se trata de una persona individual, sino de una asamblea. Hay, por tanto, que analizar los documentos en que puede haberse exteriorizado. No cabe duda de que los más importantes son los trabajos preparatorios. Más dudosa es la inclusión o no de las exposiciones de motivos y los preámbulos, que eventualmente podrían manifestarla. El preámbulo y la exposición de motivos pueden definirse como las declaraciones que suelen anteceder al articulado de algunos documentos normativos, en las que el legislador explica los principios a los que responden, la finalidad perseguida o, en general, los motivos que le han conducido a aprobar esa regulación y no otra.

Son argumentos negadores de la existencia de una voluntad del legislador que se pueda conocer los que razonan en base a que en los Parlamentos, en la medida en que son órganos colegiados, sólo ficticiamente podría

hablarse de una única voluntad del legislador, pues en ella conviven ideologías diversas. Además, el voto de los parlamentarios es frecuentemente fruto de transacciones entre los dirigentes de los grupos parlamentarios. Cabe también aducir que entre los redactores de los trabajos preparatorios se encuentran técnicos, especialistas en Derecho, que no son legisladores, pero cuya intervención es decisiva para la redacción del proyecto. Incluso entre los propios parlamentarios algunos pueden no conocer el texto y votarlo por pura rutina y, en todo caso, no todos son expertos en la materia regulada. Por otro lado, como consecuencia de los debates parlamentarios, los trabajos preparatorios pueden proporcionar argumentos a todas las opciones. Por último, se dice que si el legislador tuviese una voluntad definida y cierta, la enunciaría claramente.

En cualquier caso, el empleo interpretativo de los trabajos preparatorios está sujeto a unos límites. Un primer requisito exigido por algunos autores para dar valor a los trabajos preparatorios es que sean claros, es decir, que no hayan sido objeto de contestación en el transcurso de los mismos. Varios autores coinciden también en señalar como requisito imprescindible para poder acudir a los trabajos preparatorios, que el texto que se interprete plantee dudas. Si el texto es claro no tienen ningún valor, ni siquiera cuando ese sentido claro no coincida con la voluntad del legislador extraída de los trabajos preparatorios. Igualmente, la interpretación de los trabajos preparatorios es subsidiaria de la obtenida por cualquier otro medio interpretativo, y desde luego de la interpretación gramatical del texto al que preceden. Por último, se señala, a modo de límite temporal, que el argumento psicológico es más eficaz cuanto más reciente sea el texto a interpretar.

Visto a grandes rasgos el argumento psicológico, se comprende bien que a veces el juez que se niega a aplicar la ley por considerarla injusta puede ampararse en los trabajos preparatorios del legislador, y en realidad, y siempre que observe los límites marcados, estar realizando una interpretación-aplicación del Derecho conforme a dicho argumento psicológico, más que una violación, infracción o desobediencia al Derecho sin más.

7. ¿DESOBEDIENCIA AL DERECHO O MANIFESTACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA O ACASO SOCIOLÓGICA?

Según expresa el tenor literal del art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil, la interpretación histórica, o criterio histórico de interpre-

tación, es aquella que utiliza para la interpretación «los antecedentes históricos y legislativos de la norma». Se entiende por antecedentes «históricos» la tradición jurídica, la necesidad que viene a colmar la norma, lo que determina, por ejemplo, su carácter innovador o conservador. En este sentido la, en principio, catalogada como desobediencia a la ley injusta de un juez puede no ser sino una interpretación conforme a los antecedentes históricos conservadores o, por el contrario, innovadores.

Por su parte, los antecedentes legislativos hacen referencia al proceso de formación de la disposición y tienen en cuenta como elementos de trabajo, entre otros, las Leyes de Bases, las Exposiciones de Motivos, los Proyectos, los discursos parlamentarios, etc. Es el culto a los materiales de elaboración de la ley. De todos modos, el sentido de la norma que interesa es el «actual», y el que tuvo cuando se dictó es sólo un medio para llegar a él.

Lo que se plasma en la interpretación histórica¹⁴ no es ni más ni menos que el carácter «dinámico» del Derecho, que nace, vive y muere, y mientras tanto, se transforma o, por el contrario, permanece. Frente al carácter estático de la interpretación lógica (y pese a que no se trata de criterios de interpretación aislados, sino relacionados), en la que rige como principio básico el de causalidad, el componente dinámico del Derecho aconseja para la comprensión del material jurídico tener en cuenta también la Historia. No se trata, como bien puede intuirse, de hacer caso omiso de la regla de la causalidad ni del elemento lógico inherente a toda interpretación en cuanto tarea humana y, por tanto, racional. Se trata más bien de «no dejarse llevar por la matemática de la inferencia pura», que sólo entrará en juego si el sentido del antecedente permanece vivo, no si la causa o factor a tener en cuenta en dicho razonamiento —lógico, sí, pero a la vez histórico— ha muerto.

A la vez que con el criterio lógico de interpretación, el elemento histórico se halla relacionado con otro de los criterios de interpretación, el sistemático. Dice Carlos de la Vega Benayas a este respecto que el criterio histórico forma parte, en cierto modo, del criterio sistemático entendido en sentido amplio «puesto que en el sistema entra su origen y antecedentes, o sea, su historia...»¹⁵.

El criterio histórico de interpretación se ha convertido en clásico desde que Savigny publicó su obra emblemática: *Sistema de Derecho romano*

¹⁴ Esta interpretación ha sido denominada también interpretación evolutiva. Sobre la misma véase Francesco MILANI, *La interpretazione evolutiva*, Milano, Fratelli Bocca, 1950.

¹⁵ Carlos DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1976, p. 129.

actual. A partir de entonces se detectan dos concepciones totalmente distintas del papel que la historia debe desempeñar en la interpretación jurídica: una concepción estática y una concepción dinámica. A la primera se adscribiría la Escuela Histórica del Derecho, de la que Savigny es el máximo representante. A la segunda, el método histórico-evolutivo, que hace primar en la interpretación la realidad social existente en el momento de interpretar la ley. Se entendería así el papel de la Historia en la interpretación de dos formas: o bien como un instrumento conservador y continuista al servicio de la seguridad jurídica y del respeto a la voluntad del legislador; o bien como instrumento de adaptación al proceso de cambio continuo en que consiste la Historia¹⁶.

Por otra parte, el tema de la interpretación histórica está en relación con la distinción dentro de la voluntad del legislador entre una voluntad «histórica» y la normalmente denominada en Teoría del Derecho, voluntad «hipotética». La primera es aquella que el legislador tuvo en el momento de dictar la ley. En conexión con ella se dan numerosos problemas: en primer lugar, dicha voluntad histórica puede haber desaparecido, de tal modo que sea difícilmente aplicable e incluso cognoscible. En segundo término, tal voluntad puede ser contradictoria, ya sea internamente, consigo misma —es el tema una vez más de las antinomias bajo la forma de incongruencias o autocontradicciones—, ya sea externamente, con otros factores ajenos al propio legislador. Finalmente, y en tercer lugar, es lo más corriente que esa voluntad no corresponda ya a las demandas de la situación social, a lo que nuestro Código Civil denomina la «realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada» o interpretación sociológica. Es en parte por estos motivos por lo que fue desarrollada la llamada doctrina de la voluntad «hipotética» del legislador. Ésta correspondería a «la intención que el legislador tendría de haber sido consciente del problema que se le plantearía». Se trata de lo que se deduce que él creería ya no en el momento de crear el Derecho, sino en el de aplicarlo. De este modo definida, la voluntad «histórica» es la que correspondería a la interpretación histórica. Por su parte, a la voluntad «hipotética» se refiere sobre todo la interpretación sociológica.

¹⁶ Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Prólogo de Juan IGARTUA SALAVERRÍA, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987, pp. 333-335.

8. EL PAPEL PREPONDERANTE DEL JUEZ EN EL REALISMO JURÍDICO

1. El realismo jurídico escandinavo. La teoría de Alf Ross

Se suele atribuir a Ross el error de reconducir la validez a la eficacia, pues entonces se llega a la paradoja de que una norma será más efectiva y válida cuanto más la apliquen los tribunales y, por tanto, cuanto más inobservada sea por los ciudadanos. Para Ross, esta paradoja no es sino aparente. Para este autor, las normas generalmente observadas, sobre las cuales los tribunales no han tenido oportunidad de pronunciarse, son válidas en línea de principio, aunque su validez no se haya podido verificar. Aunque no así de explícito en Ross, para Pattaro, la interpretación adecuada sería distinguir entre validez y comprobación o verificación de la misma, pudiendo haber casos en que aquélla preceda al comportamiento de los jueces.

Pero no sólo serían válidas, pese a su ineficacia, las normas «aún no» aplicadas, por ejemplo, por ser de reciente promulgación, sino que habría que considerar válidas también las normas que no es posible aplicar «más», porque son abrogadas. Estos casos se referirían, más que a la invalidez de las normas jurídicas, a la imposibilidad de aplicarlas. Pero Ross va más allá y afirma que las normas pueden ser válidas incluso cuando sean «inobservadas», por darse una aplicación «contraria» a su contenido. Estaríamos entonces ante un caso de error judicial que, más que verificar la existencia de la norma, la falsearía. Pero ello no impediría que los tribunales en el futuro probablemente no siguiesen tales decisiones¹⁷.

En conclusión, podría afirmarse que la eficacia no es sino un «indicio» o «prueba» de la validez, pero que ésta prima sobre aquélla. Esto conduciría, según Aarnio, al problema de que si una norma es válida si es probablemente aplicada, la norma sería siempre simplemente más o menos «probablemente válida»¹⁸, lo cual parece inadmisibile. Parecería, por tanto,

¹⁷ Podría argumentarse que en el tema del error se introdujese un segundo criterio de verificación de si ha habido error, siendo posible el error también en cuanto a la verificación. De todos modos, esto sólo cabría en la medida en que el fallo o error se diese respecto a aspectos *in procedendo* de Derecho procesal, no en el objeto *in iudicando* de Derecho material. Francisco P. VIDETTA, «Il concetto di “norma valida” secondo Alf Ross in “On Law and Justice”», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 45, 1968, pp. 352 y 353.

¹⁸ Aulis AARNIO, «On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics», en Aulis AARNIO, Robert ALEXI y Alexander PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning, Rechtstheorie*, núm. 12, 198, p. 431.

que existirían «grados» respecto a la validez. Así, ésta sería mayor o menor según el índice de probabilidad de ser aplicada. Pattaro es contrario a esta idea, que, a su juicio, supone una confusión indebida entre los planos del ser y del conocer, del Derecho y de la Ciencia del Derecho, de la realidad y existencia de las normas objetivas y de la verdad o verificabilidad de las proposiciones jurídicas. Mientras en aquéllas «se es o no se es», y rige el principio de todo o nada, en éstas sería posible la graduación. Una cosa es la esencia, lo que fundamenta la validez, y otra su prueba, como juicio científico sobre tal validez. Sería incorrecto confundir ambos planos. Sólo el del conocer admite graduación¹⁹.

En segundo lugar, la concepción restrictiva de Ross acerca de los destinatarios de las normas da lugar a otra complicación. Se trata del problema de la calificación del juez. Una norma es válida si es aplicada porque es sentida como socialmente vinculante por los jueces. Pero, ¿quién debe considerarse juez validamente constituido como tal? La respuesta es que es juez a quien se le ha encomendado tal función conforme a una ley sobre el ordenamiento judicial. Pero, ¿de qué depende la validez de esta última norma? Existirían, pues, dos criterios de validez: uno para las normas aplicables por el juez y otro para el *status* de juez.

Pero, para Ross, también esta dificultad es sólo aparente. Él afirma que es necesario considerar el sistema jurídico como un todo único, integrado de normas de Derecho privado (aquéllas aplicadas por los jueces en las controversias entre los ciudadanos) y normas de Derecho público (aquéllas sobre el ordenamiento judicial, relativas al cargo de juez). No habría un «punto de Arquímedes» para verificar la validez del sistema; no habría una parte del Derecho cuya validez debiera ser fijada primero que la de la otra parte.

Pattaro replantea esta tesis de Ross diciendo que, incluso en la teoría de la validez de éste, existe un «punto de Arquímedes», es decir, una parte del Derecho que debe ser verificada como válida antes que cualquier otra. Pero, para él, no es el Derecho público, sino el Derecho privado. Es la ley privada la que debe verificarse antes que la ley pública, las normas de conducta antes que las de competencia, la ley primaria antes que la secundaria.

Acerca de este tema de la circularidad entre tribunales y leyes que los constituyen, dice Ross que no hay peligro porque se trata de una circula-

¹⁹ Enrico PATTARO, «La validez del Derecho en Alf Ross», en *Alf Ross. Estudios en su Homenaje. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 25, t. I, Universidad de Valparaíso, 1984, pp. 190-196.

ridad dentro del sistema, con lo cual se asegura la inmanencia al ordenamiento del fundamento de la validez, sin reenviar fuera del sistema.

Observa Videtta respecto a este punto que «el juez no tiene ninguna capacidad “convalidante” sobre las normas que conciernen a su propia investidura» siempre que sea un juez nacional, no así en ordenamientos limitados como el de la mafia o la Santa Sede. Si el juez individual fuese también juez de la legitimidad de su propia investidura dejaría de ser un juez para convertirse simplemente en un déspota. Además, nadie podría garantizar que en un mañana hipotético su investidura no fuera declarada nula por otro juez.

Por su parte, Ramos Pascua señala también como punto débil de la teoría de Ross el que elija, como campo de referencia para identificar el Derecho válido, la actividad judicial y no, por ejemplo, la práctica policial o la actividad de los ciudadanos, impulsada por las normas sentidas como obligatorias por el legislador. Además, si un requisito del Derecho es la generalidad, hay que hacer notar que los jueces y tribunales constituyen una parte muy pequeña de la sociedad²⁰. No obstante, a esto cabe contraargumentar que parece incorrecto el hablar en términos cuantitativos y considerar más o menos válida una norma según el número mayor o menor de jueces que la apliquen. La razón por la cual se pone el acento sobre la actividad judicial, más que sobre la ejecutiva, ha de buscarse quizás en la ideología democrática, según la cual el poder judicial es, en cuanto poder independiente, una garantía contra los posibles abusos del poder ejecutivo²¹.

Por otra parte, como el juez, en cuanto ser humano, no piensa y actúa sólo en términos de Derecho, surge la duda de cómo podrá distinguirse su actividad jurídica y la no jurídica. Nunca se podrá estar seguro, ni siquiera en el caso particular de que se trate, de cuál fue el trabajo psicológico realizado en la mente del juez y cuáles las normas que él ha sentido como «socialmente vinculantes». Puede incluso suceder que en el momento inmediatamente anterior a dictar sentencia y en aquel inmediatamente posterior no piense del mismo modo. La incertidumbre será aún mayor en el caso de jueces colegiados o si abordamos más de un solo ordenamiento jurídico nacional. Abundando en este subjetivismo cabe afirmar que ni siquiera cuando nos encontramos ante formulaciones escritas del juez

²⁰ José Antonio RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configurar el Derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 82-86; F. P. VIDETTA, «Il concetto...», *op. cit.*, pp. 333-359, esp. pp. 354-355; Joseph RAZ, «Professor A. Ross and some legal puzzles», en *Mind*, núm. 81, 1972, pp. 415-421.

²¹ F. P. VIDETTA, «Il concetto...», *op. cit.*, p. 355.

sabemos si la regla en cuestión fue o no un factor decisivo del caso. Será siempre muy difícil distinguir entre las reglas jurídicas vinculantes para el juez y aquellas máximas de la estrategia judicial, de las que se suele valer. De hecho, a menudo se llega a la decisión adecuada primero y sólo luego se trata de argumentarla jurídicamente.

¿En qué tenemos que basarnos para determinar si el juez se «siente vinculado»? ¿en una aclaración de la voz, en un temblor o suspiro a la hora de juzgar? Cabe señalar también como dificultad teórica el saber qué añade la palabra «efectivamente» al verbo «observada». ¿Es que acaso se puede observar la ley inefectivamente? Además, no es necesario que el juez obedezca la ley porque se siente vinculado, sino que puede hacerlo, y de hecho así sucede, por indiferencia o por miedo. Incluso, aunque se sienta obligado, esto puede no «ser suficiente», pues puede, pese a ello, negarse a obedecer.

2. El realismo jurídico norteamericano

Junto al realismo de los países escandinavos de Ross, Hägerström y Olivecrona se encuentra el realismo jurídico norteamericano. La diferencia básica entre ambos es que, mientras el primero es de signo «psicológico», el segundo es más bien «conductista». Mientras en aquél la validez del Derecho se describe en términos de hechos psicológicos, en éste se reduce la validez a proposiciones fácticas sobre la conducta efectiva de los jueces. Son representantes de esta corriente principalmente Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn y Felix S. Cohen. Estos autores distinguen entre los derechos y normas reales y aquellos de carta («*real rules and rights*») y «*paper rules and rights*»), entre el Derecho de los libros («*law in books*») y el Derecho en acción («*law in action*»).

En el realismo americano la ciencia jurídica se reduce a unas técnicas de previsión del comportamiento fundadas sobre la observación de éste como hecho. Como dice Holmes, el Derecho serían las «profecías de lo que los tribunales harán en concreto». Sin embargo, esta previsibilidad, en realidad, no es tal y la certeza del Derecho está infundada. Las sentencias de los jueces a menudo son meras intuiciones en las cuales el juez halla antes el resultado y sólo después procura argumentarlo.

A esta concepción se le han hecho algunas objeciones en una línea similar a las formuladas a la concepción de Ross, en el mismo sentido de falta de certeza. Se ha señalado que una sentencia no puede suplir a una norma,

pues sería como confundir el pronóstico del tiempo con la lluvia del día siguiente. En realidad, para hacer predicciones jurídicas habría que hacer encuestas, sondeos, entrevistas. Pero, ¿a qué jueces?, ¿a todos o sólo a los de mayor jerarquía? ¿Y cómo se puede estar razonablemente seguro de que los jueces después de la encuesta no cambiarán de idea? Además, para ver qué es Derecho hay que tener en cuenta otros órganos distintos de la magistratura y otros datos, tales como que los ciudadanos no protesten, que tampoco lo haga la prensa y que los poderes legislativo y ejecutivo no tomen medidas para anular ese pseudo-derecho judicial.

El realismo descrito anteriormente también falla al no considerar la posibilidad de que un tribunal se comporte de una determinada manera, pero que ésta sea al mismo tiempo ilegal. Tal posibilidad puede surgir en períodos de crisis, cuando los tribunales tengan que actuar bajo la influencia de una presión externa de carácter político. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la Alemania nacionalsocialista. Además, ¿qué pasaría en el caso de que una misma cuestión reciba una respuesta del cincuenta por ciento de los jueces y exactamente la respuesta contraria del resto? ¿Se puede decir que una norma jurídica es válida al cincuenta por ciento? Su eficacia puede ser por ello limitada, pero parece extraño decir que lo mismo sucede con la validez. Por otra parte cabe preguntarse si habría que tener una noción de ley válida cuando son los jueces los que pretenden hallarla y otra cuando lo son los abogados y estudiosos del Derecho. Y ¿cómo puede haber un juez que tome por guía la ley válida en el momento presente y al mismo tiempo actúe creándola en tal caso?²²

²² Oliver WENDELL HOLMES, *La senda del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, pp. 29 y 30; Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970; Karl N. LLEWELLYN, «El Derecho y las ciencias sociales, especialmente la sociología», en *Lecturas y ensayos*, núms. 4-5, pp. 29 y ss., y *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, Chicago University Press, 1962; Felix S. COHEN, *El método funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, pp. 52, 53 y 65; Aulis AARNIO, «On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms», en *Objektivierung des Rechtsdenkens*, Berlín, Duncker und Humblot, 1984, p. 433; Roscoe POUND, «Law in Books and Law in Action», en *American Law Review*, 1910; Silvana CASTIGNONE, «Il problema della validità nelle dottrine giusnaturalistiche e giuspositivistiche», en Silvana CASTIGNONE, Riccardo GUASTINI y Giovanni TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Genova, Ecig, 1979, pp. 180 y ss.; José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, «La validez jurídica», en *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, cap. I, Madrid, Tecnos, 1976, p. 21; Aulis AARNIO, «On the truth...», *op. cit.*, pp. 430 y 431; George CHRISTIE, «The Notion of Validity in Modern Jurisprudence», en el vol. 48 de la *Minnesota Law Review*, 1964, p. 1071.

3. La teoría de Martín Diego Farrell del «Derecho verificado»

Martín Diego Farrell²³ ensaya una nueva teoría realista, superadora de las insuficiencias del realismo jurídico hasta entonces existente, así como de las de la norma básica. Farrell va más lejos y afirma que incluso el realismo de Ross sería incorrecto, pues relaciona una norma jurídica no con un hecho, sino con otra norma. La diferencia sería que en el positivismo ésta sería una norma jurídica superior (la Constitución), mientras que en el realismo sería una norma jurídica inferior (la Sentencia).

Pero esta tesis de considerar las sentencias como auténticas normas jurídicas, a primera vista sostenible, sería, a nuestro juicio, susceptible de crítica al menos en tres sentidos. En primer lugar, respecto a aquellos sistemas jurídicos continentales en los que, a diferencia de los países anglosajones, la jurisprudencia, y, por tanto, la sentencia, no es fuente del Derecho. En segundo término cabría preguntarse qué pasaría con las sentencias absolutorias que sólo aplican y no crean Derecho. Si se entiende como criterio distintivo del mundo jurídico la sanción, sólo las sentencias condenatorias serían fuente del Derecho y, por tanto, verdaderas normas jurídicas. En tercer puesto cabe cuestionarse igualmente el carácter de norma jurídica de las sentencias obedecidas, pues las mismas no serían sino duplicación de una norma jurídica ya existente y no normas en sí. Sólo las sentencias desobedecidas serían válidas como normas jurídicas, pero entonces no tendrían relación con los hechos.

Ajeno a esto, Farrell, a la vista de lo que él consideraba el falso realismo jurídico, se lanza a la búsqueda de un tipo de realismo auténtico, basado en verdaderos hechos. Las leyes, normas generales, no se verificarían «por medio de» sentencias, normas individuales («fenómenos» de Ross), sino «a partir de» ellas. Habría, por tanto, que ver lo que ocurre después de la decisión judicial para hallar los verdaderos hechos, de modo que las proposiciones acerca de las sentencias se verificarían confrontándolas con la realidad, no con otras proposiciones.

Como conclusión podemos afirmar que para Farrell una ley es válida cuando sirve de modelo para construir sentencias que resultan luego

²³ Seguimos básicamente las siguientes obras del autor: Martín Diego FARRELL, *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972, pp. 14 y ss., esp. pp. 61-67; *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979; y Martín Diego FARRELL y Ernesto GRÜN, «Problemas de verificación en el Derecho», en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 55-75.

verificadas al confrontarlas con los hechos. Así como Kelsen hablaba de Derecho «valido» y Ross de Derecho «vigente», Farrell habla de Derecho «verificado».

9. LA FUNCIÓN CREADORA DEL DERECHO DE LA EQUIDAD JUDICIAL

La posible función creadora de Derecho de la equidad es un tema que está relacionado con el de las fuentes del Derecho. Se trata de un problema sobre el que hay opiniones contradictorias, en parte porque es una cuestión que varía en cada ordenamiento jurídico positivo, y en parte por la vaguedad y sentido equívoco que ofrece la expresión «fuentes del Derecho».

La función creadora de Derecho corresponde en el ordenamiento jurídico español actual a tres fuentes o poderes materiales a través de tres fuentes o cauces formales: al Parlamento, Cortes o Asamblea Legislativa —tanto las generales como las autonómicas— creando las leyes —de carácter reflexivo y escrito—; al pueblo, a través de la costumbre —espontánea y oral—; y al poder judicial, que es el órgano que al aplicar el Derecho materializa los principios generales del Derecho —tanto los de tinte iusnaturalista como los positivistas—.

Y poco más. La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español actual no está contemplada «formalmente» en la enunciación de fuentes del Derecho del art. 1 del Título Preliminar del Código Civil tras la reforma de 31 de mayo de 1974. No obstante, es verdad que «de hecho», como fuente material —que no formal—, verdadera o real, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional juega un papel, si no de fuente en sentido estricto, muy próximo a él. De ahí —y esto lo hacemos extensible a la jurisprudencia del Tribunal Supremo— el aforismo de que «la ley reina pero la jurisprudencia gobierna». Por el contrario, si nos referimos a otros sistemas jurídicos distintos de los continentales cabe hablar, claro está, de un enorme papel, esta vez sí de auténtica fuente formal —y la más importante de ellas—, del precedente anglosajón.

Esta pequeña introducción sobre el papel de la jurisprudencia en el sistema jurídico español resulta interesante aquí, puesto que la equidad en su forma típica, como argumento judicial aplicado en la argumentación jurídica por jueces y tribunales, se plasma y tiene como resultado la creación de una «máxima judicial» en la que el juez trata de aplicar con espíritu justo

una norma para dar una solución jurídica equitativa a un caso de la realidad, en el cual la aplicación estricta de la norma daría lugar a una injusticia. Es decir, lo que resulta del juego de la equidad es una sentencia que, en el mejor de los casos —cuando provenga del tribunal jerárquicamente superior (Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional o Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos competenciales y territoriales), vaya acompañada como mínimo de otra sentencia y tengan idéntica *ratio decidendi* en el fallo, es decir, cuando constituya jurisprudencia—, será a lo sumo una fuente impropia, indirecta o *sui generis*, una fuente de Derecho material, pero no formal.

Pero, ¿es que acaso en la equidad no se crea nada? En la equidad hay creación. ¿Cómo no va a haberla si el juez realiza una aplicación peculiar, especial, que se sale de la letra y que, aunque se guía por la *mens legislatoris* —lo que el legislador habría querido de haber conocido la situación concreta a la que la norma iba a ser aplicada—, trasciende la *mens legis*, si bien sin traicionar del todo la esencia, la *ratio* o espíritu del precepto? Toda elección por parte del juez implica optar por una interpretación determinada y aplicarla en un cierto sentido, con lo que esto supone de descartar otras posibles soluciones. Además, en cuanto interpretación en sentido «fuerte», el juez no se limita a ejecutar la ley, sino que, como el solista o el director de orquesta, confiere a la partitura —al texto— su peculiar visión de las cosas.

Esto es indudable: en la equidad hay creación. Lo que ocurre es que esa creación no es creación de Derecho, al no ser la «máxima de decisión» obtenida como resultado del proceso, ni siquiera cuando constituyese jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, auténtica fuente «formal» de Derecho. Así, podríamos llegar a una triple conclusión respecto a la posible función creadora de Derecho de la equidad:

1. En la equidad hay creación a través de una interpretación-aplicación-integración del Derecho en sentido fuerte, que va más allá del *corpus* de la norma y de la *mens legis*, para adentrarse en su *anima* y en la *mens legislatoris*.
2. La aplicación de la equidad obtiene como producto o resultado una «máxima de decisión», o sentencia judicial, que, a lo sumo, y cuando verifique todos los requisitos precisos, constituirá jurisprudencia.
3. La jurisprudencia hoy por hoy en España no es *de lege* fuente formal del Derecho. Aunque, *de facto*, su papel en muchos casos es muy parecido al de una fuente, lo más que será es una fuente indirecta o impropia.

La cuestión, a nuestro juicio, resulta clara en este sentido y, por otra parte, su análisis exhaustivo desbordaría el tema de la equidad, para adentrarse en aquel otro del carácter o no de fuente del Derecho de la jurisprudencia, sobre el que se han escrito ríos de tinta y del que nos hemos ocupado en otros trabajos a los que nos remitimos²⁴.

Lo que sí cabría plantearse, y aquí es a donde queríamos llegar, es la cuestión de si la equidad, en cuanto sí implica una cierta creación, sería ella por sí sola —sin recurrir a la jurisprudencia, a la que va ligada— una fuente. Precisamente un mérito de algunas corrientes antiformalistas sería el haber ampliado el ámbito de las fuentes del Derecho tradicionales hacia otros métodos posibles. Así, por citar sólo algunos ejemplos, aquí podría traerse a colación la discusión mantenida por la doctrina sobre el papel de fuente del Derecho de otros mecanismos, como la analogía —especialmente en su vertiente de *analogia iuris*—, la doctrina científica o los contratos. Ha habido épocas incluso en las que algunas de estas cuestiones se resolvieron de una manera favorable a su carácter de fuente. Así, por ejemplo, la doctrina científica de los «prudentes» en Roma —la *iurisprudencia*, o Ciencia del Derecho romana—, o la de los glosadores y los posglosadores durante la Edad Media, tenían un valor histórico muy importante. Lo mismo ocurrió con la analogía, que cobró un papel muy relevante con la Escuela Histórica del Derecho y la Pandectística alemana. Por otra parte, no hay razón alguna que impida que otro tanto ocurra en el futuro.

Por eso, como el papel de la reflexión de Teoría del Derecho, realizado desde la óptica iusfilosófica, es abordar los problemas en teoría, con carácter abstracto y general, sin anclarlos, al menos no demasiado o no exclusivamente, en unas coordenadas de espacio y tiempo concretas, en un determinado Derecho positivo y en un ordenamiento jurídico particular, como haría, por ejemplo, la civilística o cualquier otra parcela del Derecho que trate de los problemas jurídicos desde la óptica positiva, lo correcto, a nuestro juicio, sería conjugar positivismo, legalismo y forma, con teoría, razonamiento abstracto y sustancia; una indagación de Dogmática Jurídica, con un análisis más iusfilosófico.

Además, aun dejando aparte el tema de la aportación de la equidad a la creación del Derecho a través de las máximas judiciales, cuando éstas constituyen jurisprudencia, creemos que la equidad ayuda también a la

²⁴ María José FALCÓN Y TELLA, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1.ª ed., 2001; 2.ª ed., 2003; 3.ª ed. revisada y ampliada, 2006, pp. 134 y ss.

producción jurídica cuando las máximas judiciales no constituyen jurisprudencia, porque, simplemente, en su función, al aplicar el Derecho prefijado a los casos concretos, lo adapta a ellos y lo individualiza, o bien lo dulcifica para ellos creando una excepción al Derecho estricto. Da origen entonces a lo que se conocen como «normas individuales», es decir, aquellas cuyos destinatarios no son la colectividad, sino un sujeto concreto. Es el caso de las simples sentencias, que, aunque no constituyan jurisprudencia, tienen valor *inter partes* —no *erga omnes*— para la cosa juzgada —*res iudicata*—.

Estas sentencias judiciales fruto de la equidad, incluso si no pueden calificarse de jurisprudencia, son normas individuales a las que algunas escuelas jurídicas modernas consideran auténtico Derecho, desde la *Reine Rechtslehre* de Kelsen, que las incluía en la base, sí, pero dentro de la pirámide normativa —*Stufenbau*— que a su juicio constituía el ordenamiento jurídico, hasta el sistema jurídico suizo o la teoría egológica del Derecho del profesor de La Plata, Carlos Cossio, y frente a la doctrina jurídica tradicional —de Francisco Suárez, por ejemplo— que estimaba que la generalidad era una característica esencial e ineludible de todo precepto jurídico.

Además, para los que, en la línea de Ronald Dworkin, frente a su maestro Herbert Lionel Adolphus Hart, el ordenamiento jurídico no es la mera suma de normas —primarias y secundarias—, sino que existen las *legal policies*, los «standards jurídicos» —*directives*, *Erfahrungssätze*, máximas de experiencia, conceptos válvula o elásticos—, el panorama de fuentes se hace más complejo.

En definitiva, como ya decía José Castán Tobeñas, hay en nuestros ordenamientos jurídicos, junto a una formulación originaria y propiamente «creadora» o «constructora» de Derecho positivo —la ley y las fuentes formales en general—, una elaboración que podríamos llamar «reconstructiva» del Derecho —que corresponde a los jueces—. No conviene subestimar ninguna de las dos²⁵.

Ni siquiera el *arbitraje de equidad*, es decir, la modalidad más radical de la equidad, en la que la decisión del árbitro no se limita a interpretar la ley conforme a su espíritu —equidad *secundum legem*—, sino que el árbitro resuelve según su buen saber y entender, con exclusión de cualquier norma positiva, y no sólo, lo que sería menos grave, en el vacío —equidad supletoria o *praeter legem*—, sino, lo que es aún peor, contra la norma

²⁵ José CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, Madrid, Reus, 1954, pp. 7-26, esp. p. 26, véanse también pp. 144-146.

—equidad derogatoria o *contra legem*, raramente admisible—, ni siquiera dicho arbitraje puede dar lugar a que consideremos la equidad como fuente del Derecho, pues, como dice Lacruz Berdejo, el árbitro de equidad prescinde de las fuentes y él mismo no es fuente, pues no deja huella que pueda servir en ningún caso de precedente, con autoridad cara a futuros árbitros. Además, el arbitraje de equidad no es el supuesto típico de la equidad aquí estudiado, como equidad judicial. Por tanto, bien podemos afirmar que ni como *ius adiuvandi*, ni como *ius suplendi*, ni como *ius corrigend*, es la equidad fuente del Derecho²⁶.

La equidad sirve de guía. No es una norma, sino una directriz. Son las gafas a través de las cuales se contempla el problema, pero las gafas no constituyen el ojo —la visión—, ni tampoco la realidad por él contemplada. Un ciego no vería con ellas. Una mesa nunca podría verse como un árbol, por muy distintos tipos de gafas y graduaciones que probásemos. Lo que sí pueden hacer las gafas es que ganemos en precisión y agudeza visual, que corriamos la presbicia, la miopía o el defecto visual que tengamos, es decir, que corriamos lo que de un modo directo sería demasiado borroso sin ellas —demasiado estricto conforme a una justicia general y abstracta, en el caso de la equidad—. No hay reglas de equidad. Lo que se nos presentan como tales son otras fuentes: una ley que hay que interpretar equitativamente para un caso concreto, un principio general del Derecho..., pero la equidad no es la ley ni el principio general del Derecho, aunque los maneja²⁷. La equidad serían las gafas, que permiten enfocar el objeto —caso concreto de la realidad necesitado de regulación conforme a Derecho— a través de la visión del ojo —ley u otra fuente de Derecho a aplicar—.

De aquí podríamos extraer otra conclusión que sumar a las anteriores —a saber, que la equidad no es fuente en cuanto jurisprudencia, pues ésta

²⁶ Véase José Luis DE LOS MOZOS, «La equidad», en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*, vol. I, Oviedo, 1970, p. 163. Carlos María ENTRENA KLETT, *La equidad y el arte de juzgar*, *op. cit.*, pp. 60-63, distingue los siguientes tipos de posiciones respecto a la equidad en el Derecho positivo: 1. La equidad como fuente supletoria de Derecho: en los Códigos portorriqueño —en redacción de 1902—, canónico, austriaco —artículo reformado en 1916—, el Código servio de 1844 y el montenegrino de 1888, la Carta japonesa sobre fuentes del Derecho de 1875, el Código portugués de 1966 y algunos Códigos hispanoamericanos. 2. La equidad como medio interpretativo: en nuestro Código Civil desde la reforma de 1974 y otros Códigos iberoamericanos. 3. Ausencia de una referencia general a la equidad: como en el Código napoleónico, en el Código italiano o en el Código Civil alemán —BGB—, entre otros.

²⁷ José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, t. I, *Parte General*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 70 y 72. Véase también Agustín SQUELLA NARDUCCI y Abel GONZÁLEZ ROJAS, *Dos concepciones de la equidad*, Valparaíso, EDEVAL, pp. 19-21.

no lo es, y que la equidad no es fuente en sí misma—. Dicha conclusión es que *la equidad no es fuente tampoco aunque maneje fuentes* —leyes, costumbres o principios generales del Derecho—. La fuente, como el propio término indica, es lo que crea, lo que origina o da vida a algo anteriormente inexistente. El proceso de aplicación-interpretación de una fuente ya existente no es la fuente. Es como un montacargas que sube y baja llevando dentro a personas y mercancías —leyes, costumbres, principios generales del Derecho—. Cuando el montacargas baja —o sea, cuando aplica la justicia abstracta al caso concreto— va cargado, pero se está limitando a transportar y cambiar de sitio esa carga, que en modo alguno él ha creado. La carga es creada por alguien —si es una persona, otro ser humano; si es una cosa, el que la fabrica—, el cual es la auténtica fuente. La equidad es el proceso de desplazar de un grado mayor de generalidad a uno de mayor concreción ese algo que es la carga en movimiento.

Del mismo modo que decimos que la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho son fuentes del Derecho, como resultado de un proceso de elaboración parlamentaria —la ley—, reiteración social —la costumbre— o positivación —los principios—, pero la fuente es el resultado y no el proceso a través del cual se llega a él, de igual manera decimos que la fuente no es la equidad —proceso de interpretación-aplicación de la norma jurídica—, sino la norma que se interpreta-aplica equitativamente.

Otra posibilidad, otra tentativa o amago —a nuestro juicio también destinada al fracaso— de atribuir carácter de fuente a la equidad podría ser el considerar que por lo menos ello es así en los casos en los que *la ley se refiere a la equidad*, o bien con carácter general —lo que es más difícil, pues, como ya hemos tenido ocasión de indicar, al menos en el ordenamiento jurídico español esto no ocurre, ya que ni el art. 1 del Código Civil español, ni ningún otro precepto legal le atribuyen carácter de fuente del Derecho—, o bien —lo que es más fácil y sí ocurre en el Derecho español— cuando la ley se refiere a ella en artículos concretos, respecto de materias específicas, supuestos en los que la equidad pasaría «con el visto bueno o autorización legal» a ser fuente —mediata cuando menos— de normas.

Pero en nuestra opinión esto sería, como poco, discutible, pues se trataría más bien de situaciones de *reenvío* por parte de una disposición legal a la equidad, y el reenvío o remisión es una figura prevista en los ordenamientos jurídicos no precisamente como una fuente del Derecho, sino como una manera —como también lo serían las definiciones legales o las normas aclaratorias o restrictivas— de completar un precepto que en sí mismo no es completo o autónomo, sino que requiere para ello de

la ayuda de aquello a lo que se reenvía. Vendría a ser como un cojo sin su aparato ortopédico o un sordo sin el que le permite oír, que se ayudan de esos mecanismos para su vida normal, pero su vida existía ya antes, y podría —tal vez, si bien es cierto, con peor calidad locomotiva o auditiva— continuar, porque —al igual que en el caso de la ley que reenvía a la equidad— el carácter de fuente originaria le estaría reservado a la ley que reenvía y no a la equidad a la que se reenvía. La equidad por sí sola, sin norma que aplicar, sin Derecho, sería lo mismo que la muleta o la piedad ortopédica sin persona que las necesite, es decir, no tendrían utilidad. Por mucho que el cojo diga que esas ayudas le han devuelto la calidad de vida, por mucho que la ley autorice la equidad, sería más bien una situación de complemento —en el primer caso— y de remisión o reenvío a la equidad —en el segundo—.

Una cosa es *complementar* y otra *completar*. Se complementa, de manera accesoria —por ejemplo, con un cinturón o unos guantes—, algo que ya estaba. Se completa, de manera esencial, algo que hasta entonces no estaba entero. Del mismo modo que se discutió mucho, en los trabajos preparatorios para la redacción definitiva del art. 1 del Título Preliminar del Código Civil en la reforma operada el 31 de mayo de 1974, si el término idóneo para designar la función de la jurisprudencia era el de «completar» —término que hubiese dado lugar a la consideración de ésta como auténtica fuente del Derecho— o si era mejor utilizar la expresión «complementar» —como finalmente ocurrió, lo cual fue interpretado por la doctrina como un signo inequívoco de la existencia en el legislador de una voluntad de exclusión de su carácter de fuente—, de la misma manera una ley que reenvía a la equidad busca a través de dicho reenvío un complemento —especialmente en la fase de aplicación judicial del precepto al caso concreto—, pero la ley ya existía completa antes de dicha equidad, precisamente como fruto de una etapa anterior, la de creación de la misma por el Parlamento.

Es característico de la equidad conceder al juez un cierto margen de libertad, un poder discrecional más o menos amplio, pero que nunca puede convertirse en un poder arbitrario. El arbitrio del juez no debe ser su capricho o una arbitrariedad que le permita basar sus decisiones en sus particulares sentimientos o en sus utópicos ideales de legislador; no es un arbitrio libre y absoluto, es un arbitrio dentro del Derecho.

Existen varios límites a la libertad judicial en el empleo de la equidad. Por un lado, el juzgador ha de tener en cuenta las *circunstancias del caso* que debe decidir, las cuales ya le marcan una cortapisa desde el punto de vista fáctico. No se trata tanto de deducir de la regla general, sino de indu-

cir a través de la observación de los casos concretos. El empirismo pasa a un primer plano. Es preciso ponderar los intereses en juego y tener en cuenta el prototipo de conducta media adecuada para la resolución del caso. Esto se ve claramente en el modelo americano de juez. Para llevar a cabo su labor de pesquisa judicial es preciso atribuir al juez un margen de libertad, pero no un margen tan grande que su audacia pueda traspasarlo yendo contra la seguridad jurídica, o bien que de lugar a secuelas tan temidas como las decisiones contradictorias, inarmónicas, viciadas de subjetivismo. Y es que, como decía K. N. Llewellyn, el Derecho es lo que hacen quienes están encargados de su aplicación y no lo que ellos dicen que hacen, ni lo que los libros dicen que deben hacer. De ahí que haya que ir con cautela, moviéndose en el filo de la navaja: los jueces, por un lado, han de buscar la solución más justa y adaptada al caso concreto; pero, por otro, han de respetar la ley y argumentar su fallo²⁸.

En la distinción entre el poder discrecional y el poder arbitrario el aspecto práctico que late es el de la desconfianza en el juez como hombre y la consiguiente necesidad de limitar al máximo su libertad de actuación, en relación a su vez con la cuestión de la separación entre el juez como persona física y como órgano judicial —como servidor del Estado, que desempeña un oficio—, existiendo el peligro inevitable de que el juez interprete de modo personal las normas jurídicas, errando en su aplicación al caso concreto. No obstante, centrarse en esta visión de la figura y de la función del juez sería tal vez dar una panorámica excesivamente pesimista, que se fijase sólo en los aspectos negativos del tema, olvidando aquellos otros, que sin duda los hay, positivos.

El poder del juez, aun siendo discrecional, está sometido a ciertos límites, derivados de la función social que debe desempeñar. Lo que ocurre en el juicio equitativo es que éste se liga «directamente» a la persona del juez y no necesita de la «mediación» del silogismo legislativo, no siendo el juez, como pretendía Montesquieu, la mera boca que pronuncia las palabras de la ley —en una deducción lógico-silogística, que actúa formalmente, de manera casi automática—, sino que existiría un cierto subjetivismo e imposibilidad de verificabilidad formal total en la función del juicio de equidad. No hay que olvidar que la equidad es un juicio de estricto Derecho, pues a ella reenvía la ley y, a su vez, ella reenvía constantemente a leyes, no debiéndose equiparar poder discrecional con poder arbitrario o con un Derecho libre. También el empleo de la equidad debe recon-

²⁸ José CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación...*, *op. cit.*, pp. 108-109, 151, 152-154 y 157-158.

ducirse a la ley, de la que trae su fuerza vinculante y en la que apoya su pie a la hora de operar.

El juicio subjetivo del juez encuentra tanto límites internos —derivados de la propia lógica de la operación argumentativa, que debe hacer que el juicio de equidad sea verificable— como externos, derivados de una serie de directivas a seguir, como, por ejemplo, las que marcan las *normas constitucionales*, que muestran, una vez más, cuál es la voluntad del legislador, lo que impedirá que el juez emita juicios propios personales arbitrarios. El juez tiene la posibilidad de poner en práctica y hacer operativo el espíritu de la Constitución, lo cual debe constituir una operación ordinaria y no extraordinaria, en la medida en que la propia normativa constitucional tiene un alcance programático que —en mayor o menor medida, directa o indirectamente, dependiendo del tipo de ordenamiento jurídico— vincula al juez al aplicar el Derecho.

El argumento a menudo esgrimido contra la aplicación de la equidad judicial, en cuanto manifestación del poder arbitrario del juez, no tiene en cuenta en realidad que la certeza del Derecho, impuesta como dogma ideal por el movimiento constitucionalista y codificador, en realidad, llevada al extremo, supone una visión restrictiva de la realidad. Una visión más social y menos individualista muestra que la confianza en la ley no constituye un absoluto, ni un baluarte a ultranza de la libertad, y menos aún de la igualdad, si no existen ciertas garantías de que la realidad concreta de la vida, que varía a un ritmo infinitamente mayor que el que marca la ley, será tenida en cuenta. Por esta tarea vela la equidad y su valedor principal, el juez, custodiado siempre por un sistema de garantías de respeto a las normas constitucionales del juego democrático. En el desempeño de su función el órgano judicial no deberá perseguir el propio ideal abstracto de justicia, como un caballero andante en busca de la verdad o la belleza, ni podrá utilizar el poder discrecional de manera individualista, transformándolo en poder arbitrario. Sin llegar a convertirse tampoco en una especie de técnico o perito, que en la aplicación de la ley se tenga que limitar a tomar en cuenta lo en ella expresado, el juez al emplear la equidad estará vinculado por las directivas constitucionales, que, si bien no constituyen la causa eficiente del juicio equitativo, sí marcan una cortapisa legal a su tarea cuando se extralimita, constituyendo, por otra parte, una inspiración constante. Además existen una serie de cualidades que deben acompañar al juzgador en su tarea, tales como la proporción, el equilibrio y la armonía²⁹.

²⁹ Francesco GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 162-183 y

De ahí que más que hablar de arbitrio judicial habría que hablar de arbitrio de equidad, en una denominación tan ligada a la tradición cristiano-occidental. Porque la equidad es una forma de la justicia, mientras que la arbitrariedad no es nunca un instrumento susceptible de realizarla. La equidad más que arbitraria, lo que sería es arbitral. Una excepción vendría constituida por el caso de la llamada equidad cerebrina, en la que, como en las «leyes de encaje» de las que hablaban los escritores españoles del siglo de oro, se hace un uso arbitrario y caprichoso de la equidad.

317-318. Sobre el tema de la equidad véase nuestro trabajo *Equidad, Derecho y Justicia*, Prólogo de Juan IGARTUA SALVERRÍA, Madrid, CEURA, 2005; reseña en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, núm. 1, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 375-376; recensionado por Teresa GARCÍA-BERRIO, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, núm. 2, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2005; por José María CARABANTE MUNTADA, *Revista de Estudios Políticos*, 2006; y por Isabel RUIZ-GALLARDÓN, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, núm. 7, t. I, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2006 (tomo conmemorativo del 25 Aniversario de dicho Instituto). Hay traducción al inglés por Peter MUCKLEY, *Equity and Law*, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.