

III. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

LA JUSTICIA Y EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

Luis DÍEZ-PICAZO

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

LA elección del tema de «la vinculación del juez a la ley», como un tema de reflexión general, que constituya el objeto monográfico del primer número del Anuario de nuestra Facultad de Derecho, debe esconder algún tipo de preocupación que, quizá, no sea impertinente tratar de sonsacar o de sacar a la luz. Porque la verdad es que si nos cuestionamos el problema de la vinculación del juez a la ley o, por decirlo con la expresión que utiliza el artículo 1.7 del CC, al «sistema de fuentes establecido», es porque pensamos que se trata de un *desideratum* que, en muchos casos, no llega a cumplirse debidamente. Debo decir, desde ahora, que participo de esta opinión y que todo lo que se haga por volver a subrayar la vinculación de los jueces con las leyes y con las fuentes del Derecho, me parece bien. A los profesores, además, nos ocurre que sólo nos gustan las sentencias que se encuentran bien argumentadas y aquellas que coinciden con nuestras formulaciones dogmáticas o teóricas.

¿Por qué tememos la desvinculación?, o, por decirlo más matizadamente, ¿por qué tememos que se esté produciendo, ante nosotros, alguna dosis de desvinculación? La respuesta a este interrogante no es fácil, pero hay algunos datos que pueden ponerse de relieve.

El primero de ellos se encuentra constituido por la cultura dentro de la cual nuestros jueces se mueven, que ha inspirado su proceso formativo y que domina en toda la corporación a la que pertenecen. Me refiero a la idea de que los jueces deben hacer justicia antes y por encima de aplicar mecánicamente las leyes y el Derecho. La idea de Montesquieu de que el juez es la boca que pronuncia la palabra de la ley, resulta constantemente menospreciada como una cabal caricatura. Recuerdo que en

AFDUAM 1 (1997), pp. 205-218.

una ocasión fui llamado por algún miembro del Consejo General del Poder Judicial cuando este órgano había adquirido competencia en materia de selección de jueces, para tratar de diseñar el perfil de las personas que deberían seleccionar. Todos los allí presentes coincidieron en la idea de que el juez debe hacer justicia y cuando me permití recordar el antes citado artículo 1.7 del CC y el sistema de fuentes del Derecho, fui casi considerado como un provocador. El segundo factor es un extraordinario predominio de la cultura norteamericana en todos los ámbitos de la vida, que nos llega, de manera constante, a través de todo tipo de medios de comunicación. Singularmente, en el cine y en las series de televisión, el juez es un personaje omnipresente, por el carácter dramático que los procesos judiciales tienen siempre. Contemplamos curiosamente un juez con un poder extraordinario, que unas veces aplica el llamado *contempt of court* y, otras según se dice, crea derecho, porque sólo se encuentra vinculado (aunque con una vinculación no demasiado fuerte) por los precedentes, de suerte que hemos podido llegar a la conclusión de que ello es así donde quiera y que, además, bueno es que sea así. Algunos, incluso, como secuaces de un pretendido *legal-realism*, consideran que son los jueces los que hacen el Derecho y que el Derecho es aquello que los jueces hacen y, en todo caso, que es bueno que los jueces flexibilicen o modalicen las leyes, aunque resulta muy difícil de explicar la justificación de que las normas emanadas de la soberanía popular a través de sus representantes en un Estado democrático puedan recibir ese tipo de tratamiento. Por aquí se anuda el tercero de los factores, que, a mi juicio, pueden haber contribuido al aflojamiento de la vinculación, si es que alguna vez la vinculación fue estricta. Me refiero a la consagración de los jueces y de los tribunales como un poder del Estado, el Poder Judicial, que, por primera vez en nuestra historia jurídica apareció en la Constitución de 1978. Es cierto que los poderes, separados como dicen que quería Montesquieu (esté muerto o vivo), se reciben directamente de la Constitución y se ejerce cada uno de ellos con independencia de cualquier otro, pero, naturalmente, a ello habrá siempre quien replique que se ejercen en la forma prevista por la Constitución misma. Sea de ello lo que fuere que no es el caso de adentrarse en el tema, lo cierto es que psicológicamente no es la misma la actitud mental y vital de un juez que se limita a administrar justicia, que la de un juez que ejerce el poder judicial del Estado.

El tema de la vinculación del juez a la ley o el sistema de fuentes establecido se encuentra, según creo, muy estrechamente unido al tema de la motivación y de la fundamentación de la sentencia judicial, por lo que intentaré introducirme en él por esta vía. Y tal vez no sea el peor de los caminos dedicarse a realizar una pequeña búsqueda y captura de especímenes para comprender de verdad sobre qué estamos discutiendo. Creo que, si hubiera que llevar a cabo una tipificación de estos especímenes, algunos de los cuales presentan evidentes anormalidades, podríamos citar, por lo menos –dejando por supuesto abierta la enumeración–, los siguientes:

1.º La sentencia justiciera.—He dicho ya que, en virtud de su propio proceso formativo y de un conjunto de creencias difusas que se palpan en casi todos los ambientes, se cree que lo que la sociedad pide de un juez y aquello que éste debe hacer es «justicia». En el caso extremo, como es lógico, se producirá un absoluto desprecio por las fuentes formales del Derecho. En los demás casos, se buscará una coexistencia o una cohabitación (como a la francesa ahora se dice). Es cierto que en ambientes no judiciales también se demanda con frecuencia de los jueces que se haga justicia, definiendo esta idea de manera casi intuitiva. Por seguir hurgando en el baúl de los recuerdos, en una notoria ocasión los jueces que habían dictado la sentencia en el conocido «caso de la colza», acudieron a la televisión para explicarla, suceso insólito donde los haya, pues, en mi opinión, sin duda conservadora, los jueces sólo explican sus sentencias en ellas mismas. Como iban provistos de argumentos técnicos y de criterios de la dogmática del Derecho Penal, el conductor de aquel programa, que era un periodista, les interrumpió diciendo que lo que interesaba de verdad era el sentido popular de la justicia. ¿Sentido popular de la justicia o sentido intuitivo de la justicia? En cualquier caso, un factor de gran peso en la actuación de los jueces. Para mí, el ejemplo más nítido de lo que he llamado una «sentencia justiciera» fue aquella que absolvió a un insumiso o a un objetor de conciencia, que se había negado a realizar la prestación social sustitutoria, de la pena que el Ministerio Fiscal solicitaba, aplicando la circunstancia eximente, como causa de justificación, del estado de necesidad. Para ello, era preciso afirmar que la necesidad de estar de acuerdo con la propia conciencia es equivalente al estado de necesidad de que habla el Código Penal, lo que en mi opinión es prácticamente imposible; y lo que, dicho sea de paso, significa absolver a todo delincuente cuya conciencia le dicte la comisión del delito.

2.º Las «sentencias intimistas».—Es éste un modelo relativamente reciente, que no sé si es de la última o de la penúltima generación, aunque con anterioridad era absolutamente insólito. Llamo «sentencias intimistas» a aquellas en que el juez, a la hora de decidir un asunto, hace a los litigantes, a sus abogados o a ambos, una especie de confidencias sobre sus problemas personales, sobre los problemas de la oficina judicial o sobre cosas parecidas.

Ha llegado a mis manos un Auto de un Juzgado (cuyo número no mencionaré) de Palma de Mallorca, en el que, resolviendo un recurso de apelación contra otra resolución judicial, por la que se despachaba una ejecución en un juicio ejecutivo, y sin que para nada nos importe el fondo el asunto, se decía lo siguiente:

«Segundo: Apreciación de oficio de la falta de requisitos para despachar ejecución. *No es por ser el proveyente pejiguero —que sí lo es—* por lo que no se ha despachado ejecución por la total cantidad solicitada, sino porque el artículo 1.440 de la LEC le obliga a examinar los documentos presentados antes de despachar ejecución, la que no despachará cuando el título tuviere alguno de los defectos señalados en los números primero y segundo del artículo 1.467, y, en el número

segundo, en concreto, se hace referencia a la liquidez de la cantidad, lo que está de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.439 de la LEC, según el que sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida. Así, no necesita el juez esperar a que le aleguen el correspondiente motivo de nulidad para dar cumplimiento al artículo 1.439 y puede de oficio reducir la cantidad por la que se despacha ejecución a la que sea líquida a la luz de título.

Tercero: *Tampoco es una cuestión de sensibilidades personales*, sino un deber jurídicamente exigible, el que impone el artículo 53.3.º de la Constitución Española, según el cual el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III, informarán la práctica judicial. En cumplimiento de ello, *sin que, por supuesto, tal suponga uso alternativo del Derecho*, para dar satisfacción a los derechos de los consumidores y usuarios, ha de ser el juez especialmente vigilante con los requisitos del procedimiento, en cuanto entrañan garantía, y con el sistema de cargas del proceso, para evitar que las grandes empresas, en base a su organización y por medio de las condiciones generales, pretendan privilegios semejantes a los de la Administración Pública, tales como los de convertir sus propios documentos en medios de prueba o convertir sus actos o las normas de su organización en fuente de obligaciones para los clientes. Así, el proveyente *hace suya la sorpresa* que puede causarle al cliente la liquidación de intereses que le hace el banco sin darle los medios precisos para intervenir en ella, imponiéndosele, pues, como acto del banco.»

3.º Al tercer tipo que he conseguido aislar voy a llamarlo las «sentencias filosóficas», que es un fenómeno que hoy aparece con alguna frecuencia. Es posible que se deba al carácter poco atractivo de las concretas normas legales, al cansancio que produce tener que meterse entre los libros de Derecho o, incluso, a una inevitable falta de formación.

La sentencia que voy a citar como modelo de las filosóficas se encontraba entre viejos papeles y tiene veinte años o más de antigüedad. La Audiencia de Valencia decidía un recurso de apelación en un procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Si hay cosas áridas y secas en la vida, la Ley Hipotecaria ha sido siempre un paradigma, y dentro de ella el artículo 41 merece un buen puesto. El promotor del procedimiento, que era el titular registral de un piso, pretendía entrar en posesión de éste, porque lo detentaba de hecho la otra parte, quien se constituyó como demandante de contradicción. Este último decía que se le había querido colocar en la situación de puro precarista, pero que, en realidad, era arrendatario de la vivienda y que la situación jurídico-formal en que se encontraba no reflejaba la situación jurídico-real, a resultas de una maquinación del propietario. A instancia de éste, se había otorgado un contrato de compraventa, luego se había formalmente acordado la rescisión de tal contrato, aunque él seguía ocupando el piso y pagando las mensualidades. Esta causa de oposición prosperó y la Audiencia de Valencia declaró no haber lugar al recurso de apelación. Hasta aquí nada más vulgar: un asunto cotidiano, previsto en el propio artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que establece como posible fundamento de la demanda de contradicción el hecho de po-

seer en virtud de una relación jurídica con el titular registral o con alguno de los titulares registrales anteriores. Sin embargo, llamaba la atención uno de los considerandos de la sentencia, que no resisto la tentación de transcribir:

«... cada día, las circunstancias del momento, que nos corresponde vivir, pleno de ideales liberadores de anacrónicas e injustas estructuras y condicionamientos y de ansiosa búsqueda de la verdad y de la justicia, aconsejan rechazar en todos los órdenes de la vida y, por ende y primordialmente en el campo jurídico, todo aquello que presuponga apoyo o protección del formalismo o fingimiento, o sea, de lo que se ha dado en llamar con gran impropiedad la “verdad formal”, que por ser mera apariencia no es la pura verdad “real o material”, que es la que se precisa llegar a alcanzar a toda costa, y este logro debe constituir el fin teleológico cardinal de todo proceso, no sólo penal, sino también civil o de cualquier otra naturaleza, pues en esta lucha mantenida a través de muchos siglos, en el campo jurídico, como también en los campos moral y social, entre las doctrinas formalistas o ritualistas por una parte y las espiritualistas o realistas por otra, la balanza *gracias a Dios* se inclina decidida y resueltamente a favor de estas últimas, las que por otra parte tienen el definidísimo apoyo *de los libros sagrados y de la moral cristiana*.»

4.º Existe otro tipo de sentencias a las que se les podría llamar «sentencias pro-forma», de la misma manera que algunas facturas lo son y se llenan para cubrir el expediente.

Alrededor de 1970, Nicolás Pérez Serrano, escribió un delicioso pequeño libro denominado «Vilanos forenses», con el que homenajeó a las personas que habían escrito en el libro que lo homenajeaba a él. Entre otras observaciones magníficas, aludía Pérez Serrano allí a la posibilidad de acudir a «considerandos prefabricados» en un momento en que la construcción de edificios se servía ya de materiales prefabricados. Es cierto que el insigne autor pensaba sobre todo en las consideraciones del Tribunal Supremo respecto de las antiguas causas de inadmisión de los recursos de casación y del juego de los antiguos números primero y séptimo del antiguo número 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de ley, interpretación errónea y aplicación indebida eran conceptos distintos y tenían que utilizarse separada y rigurosamente. Aunque en este campo, felizmente flexibilizado, el «considerando prefabricado» no se pueda utilizar, hay otros en los que dichos prefabricados o argumentaciones repetidas resultan frecuentes. Así, como civilista, me resulta habitual la tendencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil extracontractual, regulada por el artículo 1.902 del CC, a decir muchas veces algo parecido a esto: «que si bien en el artículo 1.902 del CC la responsabilidad se funda en la culpa o negligencia del causante del daño, es lo cierto que la jurisprudencia ha ido evolucionando progresivamente hacia fórmulas de inversión de la carga de la prueba e incluso de responsabilidad por riesgo» (gana el demandante). En otros casos, dice algo que no

es exactamente igual y que suena como esto: «que si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado hacia formas de responsabilidad por riesgo o de inversión de la carga de la prueba, no es menos cierto que continúa siendo ese el artículo 1.902 del CC una responsabilidad fundamentalmente por culpa» (gana el demandado).

5.º Por último, hay que situar –no faltaría más– las «sentencias que son estrictamente jurídicas». Dentro de ellas existen las que presentan gran solidez de argumentos, en perfecta coordinación con los postulados dogmáticos de la institución de que se trate y un gran apoyo erudito. Siempre me ha parecido una extraordinaria sentencia la que el Tribunal Supremo dictó el 24 de junio de 1941, respecto de la cual he de lamentar que por la fecha no se pueda conocer con exactitud quién fue el ponente. Se discutía allí el llamado *pignus* gordiano, que tal como lo define el artículo 1.866 del CC es la situación que se produce cuando, existiendo una deuda garantizada con prenda, el deudor contrae con el mismo acreedor otra deuda, que resulta exigible antes de haberse pagado la primera. El Código, de acuerdo en este punto con la tradición, se limita a decir que el acreedor puede prorrogar la retención hasta que se satisfagan ambos créditos, lo que abre el interrogante de si estamos o no ante una nueva prenda que cubre y garantiza las dos obligaciones o ante una primera deuda garantizada y otra respecto de la cual no existe más que un derecho de retención. La sentencia hacía un detenido estudio de la doctrina en punto a la naturaleza del derecho de retención y a la imposibilidad de construir una normativa general respecto de él. Hacía, asimismo, un examen erudito de los antecedentes del precepto en la Ley única, título XXVII, libro VIII, del Código justiniano (*etiam ob chirographariam pecuniam retineri posse*) y estudiaba también el Derecho de Partidas y el Proyecto de 1851, llegando, finalmente, a la conclusión (que para nuestros problemas es lo de menos) de que nos encontramos en presencia de un puro derecho de retención. Lo que en el caso concreto tenía especial importancia, porque se trataba de decidir si en una suspensión de pagos el acreedor tenía o no el derecho de abstención que la Ley de Suspensión de Pagos reconoce a los acreedores pignoratícios. Lo que me sugiere otra idea que debe ser también tomada en consideración. La bondad y la solidez de los argumentos, la erudición y el saber dogmatizado, deben emplearse homeopáticamente siempre que guarden estrecha relación con el tema que hay que decidir, porque en otro caso se trata de vana jactancia.

La segunda sentencia que me gustaría comentar es la de 6 de diciembre de 1952, que examinaba el problema de si existía o no el derecho de representación en la sucesión testada. Estudiaba también lo que allí llamaba el amplio horizonte jurídico y contemplaba la doctrina científica y la legislación extranjera, así como las reglas clásicas y los preceptos del Código Civil y de algunas leyes especiales entonces en vigor, para llegar a una conclusión que era negativa.

No me cabe ninguna duda de que las sentencias pueden calificarse de estrictamente jurídicas, aunque la solidez de los argumentos, su coordinación con la dogmática jurídica, con la doctrina dominante, con la jurisprudencia y con el Derecho comparado no llegue a la altura de las dos que acabo de citar, que siempre pueden constituir un ejemplo hacia el que tender.

Para tratar de averiguar cuál de estos tipos de sentencias –aunque el gusto del autor haya sido ya declarado– cumple mejor los dictados del ordenamiento, será prudente ventilar como cuestiones previas estas dos: cuál es la verdadera función que cumple la motivación de las sentencias, y de qué forma y por qué razones ordenan la motivación las normas en vigor.

¿Cuál es la función que cumple la necesidad de motivación de las sentencias? No voy a examinar este problema desde el punto de vista de la historia del Derecho, porque voces más autorizadas que la mía lo han hecho y lo harán, aunque, entresacando cosas un poco de aquí y de allá, se pueden establecer los siguientes órdenes de razones:

a) La facilitación de los recursos.–El conocimiento de la motivación tiene por objeto facilitar al litigante que ha perdido el pleito la posibilidad de entablar contra la sentencia los recursos que la ley permita. Como el recurso es un debate frente a la sentencia, sólo puede organizarse correctamente conociendo las razones de la sentencia y no simplemente lo que ésta decidió. Tal fue la razón de la entrega de la motivación a los litigantes cuando había recurso en alguno de los ordenamientos históricos en los que, por el contrario, la motivación no se facilitaba si el recurso no existía.

La tesis de que la motivación tiene por objeto facilitar los recursos –y al mismo tiempo el control por el órgano superior– presenta, sin embargo, algunos inconvenientes.

El Tribunal Supremo, en los recursos de casación, dijo siempre (y probablemente con razón) que la casación sólo se da contra los fallos y que no se da contra los considerandos, fundamentos o motivaciones de la sentencia. Lo único que puede violar la ley o el ordenamiento jurídico es el fallo en sí mismo. Una sentencia con consideraciones equivocadas o escasamente admisibles, que, sin embargo paradójicamente, llegara a establecer una solución correcta, no deberá ser nunca recurrible o, en caso de que lo fuera, habría de ser confirmada y el juez superior tendría que conformarse con hacer al inferior algún tipo de admonición.

b) La explicitación de las razones o la manifestación del proceso lógico-deductivo por el que el juez llega a una conclusión que se convierte en decisión, puede tener por objeto limitar el poder judicial mismo. Esta fue, evidentemente, una clara línea que se manifestó en la Revolución Liberal, que reaccionaba frente al poder omnímodo de los Parlamentos –sobre todo en Francia–, que como tribunales de justicia no sólo resolvían litigios, sino que también daban el pláacet o el pase a la norma emanada del poder regio. En el sistema equilibrado y separado de

los poderes del Estado que la Revolución Liberal preconizó, no es lógico que al juez se le atribuya un poder ilimitado, cuando tiene, como es natural, el poder que es más próximo al ciudadano.

La consideración de la motivación o fundamentación de las sentencias como explicitación de un proceso lógico-deductivo presenta también algunos inconvenientes, porque no es infrecuente que las razones reales de las decisiones anden por una parte y lo que estamos llamando proceso lógico-deductivo, por otra. La mayor parte de las veces, los jueces deciden en función de lo que Joseph Esser llamó una *vorverständnis*, es decir, una precompresión o una preinteligencia del asunto. No creo que sea lo mismo hablar de precompresión que hablar de justicia intuitiva, como antes hice. En la precompresión, el jurista experto pone al servicio del caso un cúmulo de experiencias y de saberes que mantiene acumulados o almacenados y que le permiten, de forma inicial, saber por dónde debe ir la solución. Cumplido el proceso rigurosamente, la labor consiste en saber si la precompresión se ajusta a las reglas de interpretación o de construcción dogmática y producir, en caso contrario, algún tipo de rectificación. Sin embargo, muchas veces ocurre al revés y el llamado «proceso lógico-deductivo» es más bien una superestructura montada para cubrir lo que se ha decidido en función de la precompresión, o, si se quiere decir de otra manera, «anclar» la decisión previamente tomada en el ordenamiento jurídico.

c) Entre los jueces anglosajones, como explicó en su momento C. Perelmann, la motivación cumple una función diferente que el autor citado llamaba de «relaciones públicas de la justicia». En puras relaciones públicas, el juez debe algún tipo de explicación al litigante que pierde el asunto, porque al litigante que gana ya le han dado la victoria y no le tienen que dar nada más. Se trata, según decía Perelmann, de ponerle de manifiesto, o de darle las razones por las que no ha podido ganar por una serie de circunstancias que le explica, lo cual, de paso, presenta la ventaja de intentar disuadirle de que utilice los recursos.

d) Desde el momento en que la obligatoriedad o la necesidad de la motivación de la sentencia se generalizó como una consecuencia de la Revolución Liberal, se buscaba establecer una clara vinculación del juez con la ley, a la que debía obediencia. Cuando el punto de vista que se adopta, en un sistema jurídico especialmente complejo, que deja de ser necesariamente legalista, por lo que debe hablarse, en puridad, de ordenamiento jurídico, como hace hoy el artículo 1 del CC en materia de fuentes del Derecho y el artículo 1.692 de la LEC en materia de recursos de casación, lo que probablemente se pide al juez a través de la motivación de la sentencia es que inserte ésta en el ordenamiento jurídico en el que vive y trabaja. Insertarla en el ordenamiento significa convertirla en una pieza del que no resulte disonante del ordenamiento en su conjunto. Si en lugar de un punto de vista ordenamentalista se prefiere seguir un punto de vista tópico-argumentativo, lo que hay que decir es que con la motivación el juez trata de persuadir a su auditorio.

e) El problema de la vinculación del juez a la ley o de la sumisión del juez al sistema de fuentes establecido se puede examinar también como un problema estrictamente jurídico y ello en un doble plano, que es, por una parte jurídico-constitucional y, por otra, jurídico-legal.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional llama ante todo la atención el apartado primero del artículo 117 de la Constitución, que declara a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial «independientes, inamovibles, responsables y *sometidos únicamente al imperio de la ley*».

Contrasta, en mi opinión, este precepto constitucional con el artículo 103, en el que al hablar de la Administración pública, se dice de ella que está vinculada por la ley y por el Derecho. Hay alguna desarmonía, porque no se puede hablar sin más de contradicción. La pregunta que surge de inmediato es cómo es posible que la Administración se encuentre vinculada por la ley y por el Derecho, mientras que los jueces quedan sujetos únicamente al imperio de la ley.

En mi opinión, esta desarmonía procede de una no perfecta inteligencia de las normas de la Ley Fundamental de Bonn, de la que seguramente proceden. En la Ley Fundamental de Bonn, la vinculación (*bindung*) se expresa respecto del poder ejecutivo y del poder judicial en forma parecida y, en uno y otro caso, se hace tanto a la ley como al Derecho. La vinculación parece que se entiende como la relación de sujeción en lo que se refiere a las operaciones o actos que los integrantes de uno y otro poder deben realizar. En cambio, en la citada Ley Fundamental respecto del estatuto de los jueces y magistrados se dice que éstos están sometidos (*unterworfen*) a la ley. Si ello fuera así, ocurriría que el artículo 117 de la Constitución regula únicamente la línea del estatuto personal de jueces y magistrados, sin contener norma alguna relativa a su vinculación en los actos que en el ejercicio del poder jurisdiccional deban realizar. Respecto de éstos, no existe ninguna razón para que aquélla se produzca sólo en relación con la ley y debe producirse genéricamente en relación con el Derecho o con el conjunto de normas admitidas por el ordenamiento que no se encuentren recibidas en normas legales.

El segundo punto que merece alguna reflexión es el apartado tercero del artículo 120 de la Constitución, que ordena que «las sentencias serán siempre motivadas». Se observará que la Constitución no califica la motivación y que por consiguiente tampoco la restringe a ninguna de las diversas modalidades que puede revestir. Parece excluirse únicamente una sentencia que se dictara de plano y sin comunicar o manifestar a las partes las razones en que se funda. Por lo demás, no se exige que sea una motivación jurídica correcta. Por ello, estimo que no serán inconstitucionales las sentencias que, cuando las leyes lo admitan, se funden en razones distintas de las jurídicas, como pueden ser las llamadas sentencias de equidad (si éstas se admitieran por la ley).

El Tribunal Constitucional, sin embargo, a partir de un determinado momento de su reciente historia, llevó a cabo una inteligencia diferente del artículo 120,

integrándolo, además, en el artículo 24 y en el derecho a la tutela judicial efectiva que dicho precepto establece, sin que para esta integración existan, en mi opinión, razones suficientes. En efecto, aunque en un primer momento el Tribunal Constitucional pareció entender el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho a una prestación de actividad jurisdiccional, que desemboque en una decisión sobre las pretensiones deducidas, sea o no ésta favorable a quienes las sostienen, una segunda dirección, a la que sin mengua del respeto debido puedo calificar más activista, consideró el derecho a la tutela jurisdiccional como derecho a una *sentencia de fondo fundada en Derecho*. La idea de que la sentencia de fondo debe estar «fundada en Derecho», no era fácil de extraer del artículo 120 y de enlazar con el artículo 24. Lo más probable es que quien escribiera tan fecunda frase no estuviera haciendo otra cosa que contemplar la normalidad de las actuaciones jurisdiccionales en el Derecho español. El problema surgió a partir del día en que el Tribunal consideró que como parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva podía examinar la fundamentación de las sentencias judiciales. En un primer momento, la introducción del Tribunal en la fiscalización de la fundamentación jurídica de las decisiones se produjo exigiendo sencillamente que no resultara arbitraria o falta de racionalidad. Sin embargo, posteriormente, como ha señalado Andrés de la Oliva, la fiscalización parece moverse alrededor de otros polos, que son, en concreto, si la motivación existe, si la motivación es suficiente y, finalmente, si la motivación es correcta. Puede, ciertamente, existir algún caso en que no se haya dado a la sentencia ningún tipo de motivación. Entre mis recuerdos aparece un supuesto en el que la sentencia de un juez de apelación, en juicio de faltas, alteró por completo la decisión del juzgado inferior, sin añadir a la sentencia de éste ningún tipo de nuevo razonamiento. En este caso, podía entenderse que la motivación faltaba, pues la alteración del fallo imponía una nueva motivación. En otro caso, la existencia de la motivación se ha contemplado a través del criterio o parámetro de la motivación aparente o de las «meras apariencias de motivación», como hizo la STC 122/1991. Según esta sentencia, «debe descartarse la validez de aquellas motivaciones en las que no se contenga el más mínimo razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que al mismo se aplica, impidiendo toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido en que lo ha hecho». Existen al mismo tiempo, aunque deban considerarse minoritarias, las sentencias constitucionales que controlan la corrección del razonamiento, aunque siempre existe, como es lógico, la posibilidad de decir que el razonamiento del que se discrepa es irrazonable o arbitrario. Es manifiesto que por esta vía la supercasación está servida.

Desde el plano jurídico legal, el problema es mucho más sencillo. En el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se exige que en las sentencias se contengan los «fundamentos *doctrinales y legales* referidos a la calificación de los hechos, la participación de los procesados en ellos, circunstancias atenuantes,

agravantes o eximentes», etc. Y sólo (cfr. art. 142.5.º) «*la cita de las disposiciones legales que se consideren aplicables*». Llama la atención que esta ley, cuya constitucionalidad no ha sido por nadie discutida en este punto, equipare en materia de fundamentación de una sentencia los razonamientos de orden estrictamente legal con los que expresamente llama doctrinales.

De un modo parecido se produce el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en su apartado tercero, ordena que en la sentencias se «*aprecien los puntos de derechos fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso*».

Para concluir esta exposición, que es necesariamente breve, conviene poner de manifiesto las aporías que el sistema vigente de relaciones entre justicia y sistema de fuentes determina y que son las dificultades que hacen que el problema se perpetúe como problema y que no se le pueda dar una solución clara y unívoca. Prescindiendo de algunos otros datos que han sido ya reiteradamente puestos de manifiesto, y entre los cuales hay que otorgar un puesto preeminente a lo que se puede llamar la tradición justiciera de nuestros jueces y, por esta vía, la flexibilización que en la práctica se produce de su vinculación, hay factores que pueden y deben ser puestos de manifiesto. En la forma de entender la vinculación, hemos preferido no hablar de la ley solamente, sino de acuerdo con los términos que utiliza la Ley Fundamental de Bonn, de la ley y del Derecho, o de manera más resumida, haciendo la referencia al sistema de fuentes. Si, con puras miras expositivas, adoptamos la idea de la ley y del Derecho, las dificultades van a venir muy rápidamente por cada uno de los elementos del díptico.

Ante todo, la ley. Es manifiesto que cuando las constituciones liberales y los ordenamientos procesales derivados de ellas buscaban una vinculación del juez a la ley lo estaban haciendo a un tipo muy concreto de ley, que era la que tenían en mente los revolucionarios franceses y que se corresponde con la idea rousoniana de la expresión de la voluntad general, que es, además, una expresión perfectamente racional. La ley, como manifestación de la razón y como pedagogía de los ciudadanos. En un sistema semejante, las leyes debían ser muy pocas y, además, perfectamente comprensibles en sí mismas, concisas, casi lapidarias, según le gustaba decir a Cambacères de los artículos del Código Civil francés. No se olvide que, en la utopía revolucionaria, las leyes así entendidas debían resultar conocidas por todos los ciudadanos, de manera que la máxima *nemo ius ignorare censetur* se cumpliría con tremenda espontaneidad y, además, podría cumplirse el objetivo de los jacobinos de que los asuntos (o por lo menos, una buena parte de ellos) pudieran ser juzgados por los ciudadanos, porque si era fundada la desconfianza histórica hacia los jueces y hacia los tribunales, los recelos no dejaban de sentirse hacia los jurisperitos y gentes de toga en general. El hecho de que la ley fuera clara, precisa, lapidaria y contundente, fácilmente inteligible, impediría,

además, la creación de jurisprudencia. He recordado, en alguna otra ocasión, la sesión de la Convención en que se discutía la forma en que debía ser renovada la Corte de casación, que entonces se creaba expresamente como un tribunal de defensa de la ley. Sostenían algunos que la renovación del tribunal debía hacerse por partes, con el fin de preservar la jurisprudencia que el tribunal pudiera crear. Le Chapelier primero y Robespierre después, se alzaron indignados contra aquella idea. ¡Jurisprudencia!, «¡qué horrible palabra!, vosotros no tenéis más derecho que el dimanante de la ley, porque la ley es la fuente de vuestros derechos como hombres libres y como ciudadanos y vuestra defensa frente las injusticias».

Es manifiesto que esa idea roussoniana, utópica y jacobina de la ley si alguna vez llegó a existir –lo que es dudoso– hace mucho tiempo que desapareció. En la segunda década de este siglo, Hedemann llamó la atención sobre lo que él llamaba la huida hacia las cláusulas generales y la tendencia de los legisladores a dejar en sus leyes fórmulas muy abiertas e inconcretas que tendrán después que ir siendo llenadas por los tribunales según su prudente criterio. A este hecho, perfectamente notorio a lo largo de este siglo, hay que añadir el número enorme de las leyes que cada año se dictan y que, como la mayor parte de ellas no contienen cláusulas derogatorias expresas, no termina de saberse si derogan o no derogan a las anteriores. Son, además, como todos sabemos muy bien, leyes dictadas en ocasiones muy concretas para responder a estímulos y problemas cotidianos. La ley se convierte así en un instrumento político y en una respuesta que la mayoría gobernante cree otorgar a requerimientos o demandas de los ciudadanos. Son leyes hechas deprisa, con escasa técnica legislativa, de las que puede decirse que no tienen ayer y que no tienen mañana. El papel de los jueces ante estas leyes, cuando las aplican (cosa que no siempre ocurre) no puede ser el que los revolucionarios querían que tuviera ante sus claras, precisas y lapidarias leyes.

Por otra parte, se encuentra el Derecho, que también tienen que aplicar. El Derecho está hecho de tradiciones, de dogmatización y de doctrinas que se encuentran muchas veces contenidas en los libros y otras veces proceden de las máximas o los brocardos (p. ej., ninguno puede enriquecerse torticeramente con daño de otro). La labor de aplicación de las normas, de cualquier tipo que sean, no es nunca automática y están más o menos sujetas a los criterios hermenéuticos, tal y como se contienen hoy en el artículo 3 del CC, que abre infinitas variantes al mantener sobre este punto un claro eclecticismo. Por poner sólo un ejemplo, la cláusula del artículo 3 del CC, al hablar de que la interpretación de las leyes se haga según la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», ha abierto paso a «herejías» sin cuento, porque algunos jueces y tribunales entienden que se les concede en un poder cuasinormativo para sustituir normas obsoletas por otras distintas, cuando lo cierto es que se habla sólo de interpretación.

El Derecho está también formado por lo que pueden llamarse las construcciones jurídicas, que son operaciones parcialmente lógico-deductivas y parcialmente

tópico-retóricas, a través de las cuales se consiguen aproximaciones a grupos de problemas que no se encuentran, muchas veces, legislativamente resueltos. No puede discutirse que cuando este tipo de «construcciones» ha recibido una gran aceptación, por lo menos dentro de la comunidad jurídica, su puesta en práctica es legítima. Piénsese, por seguir poniendo algunos otros ejemplos, en la idea de abuso del derecho o en la idea de cláusula *rebus sic stantibus*. Su inteligencia y su aplicación en los casos concretos son muy difíciles.

Hasta aquí, estábamos pensando en un juez al que se puede llamar tradicional, en un ordenamiento al que habrá que llamar tradicional también. Es un juez encargado de decidir los procesos, que debe hacerlo aplicando las leyes y el resto de las normas comprendidas en el sistema de fuentes. En el sistema jurídico-político que se instauró en Europa en la posguerra de 1945 y que a nosotros llegó con cerca de treinta años de retraso, en la Constitución de 1978, la Constitución se presenta como un cuerpo de normas, que, por lo menos parcialmente, pretende limitar el poder legislativo, pues, dejado a sus solos impulsos, puede conducir a un Estado totalitario, como ocurrió cabalmente en la Alemania de 1934 o en Francia en 1940. Este es un sistema de difícil equilibrio entre la Constitución y la ley, en el cual a los miembros integrantes o titulares del poder judicial del Estado se les tiene que dar un papel muy activo, en la medida en que son garantes de la constitucionalidad de las leyes y del libre ejercicio por el ciudadano de sus derechos fundamentales. Mas de ello resulta una complejidad innegable, porque el juez no es sólo un órgano del Estado vinculado al sistema de fuentes, sino también un órgano que ejerce en cierta medida un poder de control sobre el propio sistema de fuentes, lo que si bien se mira supone alguna dosis de contradicción. Sin hacernos siquiera –y menos todavía tratar de resolverla– la pregunta de cómo un órgano vinculado por el sistema de fuentes puede a la vez controlar el sistema de fuentes, podemos, ciertamente, llamar la atención sobre el hecho de que en nuestro ordenamiento los jueces pueden sostener pretensiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, buscando de este modo la nulidad de tales normas y, por consiguiente, su inaplicación, y pueden, además, limitarse a inaplicar de manera directa los reglamentos que resulten ilegales. Todo ello, sin necesidad de hacer mención al poder que ostentan por vía interpretativa, cuando no existen cláusulas derogatorias expresas para decidir, dentro del cúmulo de las leyes que se han ido sucesivamente dictando, cuáles deben entenderse vigentes y cuáles deben entenderse derogadas. Es cierto que el poder de control del juez sobre el sistema de fuentes es un poder limitado a su vez, mas no por ello deja de existir.

Y tiene, todavía, el juez otro poder, y éste perfectamente vigoroso, que modaliza su vinculación con el sistema de fuentes. Me refiero, como es obvio, al poder que el juez tiene en orden a la apreciación de la prueba y, por consiguiente, la fijación de los hechos sobre los cuales su posterior discurso y su decisión deben recaer. No hace falta tener un grado extraordinario de imaginación para comprender

que la norma se aplicará de un modo distinto o se dejará de aplicar si el relato que se construye a través de la apreciación de las pruebas es uno u otro. Los ejemplos extremos, que resultan casi caricaturescos, nos ponen sobre la pista de lo que intento decir. C. Perelmann contaba el caso de los jueces ingleses que se vieron ante una norma no parlamentaria o del rey, que castigaba a quienes hubieran robado un objeto que tuviera un valor superior a cincuenta libras, con la pena de mutilación de la mano con la que hubieran cometido el latrocinio. La repugnancia, a partir del momento dado, hacia la aplicación de pena tan bárbara, condujo, en la práctica, a que jamás se había robado un objeto cuyo valor superara las cincuenta libras. Si por azares del destino fueran cincuenta libras en dinero contante y sonante, siempre quedaba la posibilidad de contarlas mal.

El segundo ejemplo se lo oí contar, en mis tiempos de alumno en la Escuela Judicial, a don Manuel de la Plaza, y era del llamado delito de «pecicidio»: cuentan que en 1942 se dictó una ley de pesca fluvial, que, como todas las de este tipo, había sido hecha por ingenieros bienintencionados pero poco conocedores del Derecho. Deseosos, eso sí, de la preservación de las especies piscícolas, consideraron que el mejor camino era imponer fuertes penas a quienes cometieran hechos tales como pescar con explosivos y algunos otros similares. Calculando qué pena podían poner, llegaron a la de doce años y un día a veinte años, que, casualmente —ellos no lo sabían—, es la misma que en el Código Penal se establecía para el delito de homicidio, razón por la cual aquel delito de la ley de pesca fluvial fue conocido con el nombre de delito de pecicidio. Con ello consiguieron que jamás se considerara probada la comisión de tal delito. El problema era la repugnancia de castigar la muerte de peces con la misma pena de la muerte de hombres. El resultado es que los peces mal pescados no se pescaban nunca con explosivos o con los demás ingenios que la ley sancionaba con pena tan exagerada.

He dicho que eran ejemplos extremos, pero cualquiera de nuestras experiencias nos puede facilitar otros que presenten algún mayor grado de complicación en que en la operación judicial, que a veces se ha definido como un ir y venir de los hechos al Derecho y del Derecho a los hechos, produce en éstos alguna inflexión con vistas a la decisión que se puede tomar.

Como se ve con claridad, el camino es espinoso y la aporía se perpetúa. Es cierto, sin embargo, que sólo en lo que los norteamericanos llaman casos difíciles alguna de estas anomalías se producen. Por lo demás, es de desear (y cualquier cosa que hagamos en este sentido debe considerarse como bienvenida), que las relaciones entre jueces y sistema de fuentes resulte fluida; que el sistema de fuentes sea aplicado, en un sistema ordinamental complejo; que las sentencias de los jueces puedan sin dificultad ser recibidas por la comunidad jurídica, para lo cual habrá que señalar que es un buen camino el de la pedagogía y que toda la actividad que realicen los órganos del poder judicial para poner al día el saber de los jueces será también bienvenida.