

# ***SOBRE LA REALIZACION JUDICIAL DEL DERECHO***

***CESAREO RODRIGUEZ-AGUILERA***

*Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca*

Todas las grandes palabras —entre ellas Derecho o Justicia— encierran una poderosa carga de mitología, derivada de su imprecisión, de su historia y de su valor abstracto y absoluto. Hay que entrar en el análisis de su contenido con un saber crítico y racional, con una metodología científica, y hay que separar claramente lo que es, lo que puede ser y lo que debiera ser. Realizar el estudio del Derecho y de la Justicia olvidando o menospreciando el Derecho aplicado, el de cada día y lugar, el de cada juez, me parece, cuando menos, ilusorio.

En este sentido, el hecho de que una publicación de nuestra Universidad (“Cuadernos de la Facultad de Derecho”, de Palma de Mallorca) se preocupe de entrada, y especialmente, de los “usus fori” de las islas, de las resoluciones de sus tribunales y jueces, para analizar y meditar sobre nuestro Derecho, en su totalidad, me parece muy esperanzador en el camino hacia el, cada día más necesario, realismo jurídico.

El aspecto más importante, en cierto sentido, del Derecho es el de su actualización, el de su aplicación a cada caso. La estructura inerte del Derecho objetivo se convierte así en algo vivo que afecta a la persona<sup>(1)</sup>. Cuando se entiende que el Derecho ha sido vulnerado de tal manera que perturba a la sociedad en el modo de desenvolverse que ella impone, el

---

(1) Soto Nieto adscribe a la jurisprudencia la expresión derecho vivo (“Derecho vivo. Jurisprudencia comentada”, tomos I y II, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1970). Garrigues utiliza la expresión en el sentido de Derecho utilizado, contraste entre Derecho y realidad, y hace referencia a lo que en Alemania se ha llamado “Escuela del Derecho vivo” (“Derecho mercantil: la realidad frente a la ley”, Revista de Occidente, enero-marzo, 1981). Ihering había dejado dicho que “la realización es la vida y la verdad del Derecho, el Derecho en sí mismo” (“Espíritu del Derecho romano”, cita de Lalaguna, “Jurisprudencia y fuentes del Derecho”, Aranzadi, Pamplona, 1969, página 66).

aparato correspondiente del orden público, con la colaboración, incluso, de los particulares, puede ponerse en marcha, iniciándose con ello la actuación policial o judicial. Puede también tal actuación ser movilizadada por conflictos de intereses entre particulares, o por invasiones de la parcela de derechos que cada persona considera como propia.

La decisión final de la perturbación o del conflicto viene dada por un mandato judicial (precedido de ciertas consideraciones “doctrinales”, jurídicas y filosóficas) que puede imponerse por la fuerza. Su naturaleza ha sido objeto de largas discusiones, pero su importancia aparece reconocida en el mundo del Derecho, cada día con mayor firmeza, hasta el punto de que la jurisprudencia —la doctrina que resulta de las decisiones judiciales— ha sido considerada como más importante, de hecho, que la norma jurídica (2).

El juez adquiere con ello un destacado relieve en el mundo del Derecho. Es él quién ha de manejar el Derecho —la ley— en cada caso, como instrumento para decidir en justicia, razonando cuanto dice y decide, dando así vida a la estructura abstracta del Derecho. No hay reglas, por supuestos, para el proceso interno del juez, ya que si el juez-robot de Montesquieu (“la boca que pronuncia las palabras de la ley, el ser inanimado que no puede moderar ni su fuerza ni su rigor”) no ha existido nunca, ni cabe esperar que exista, tampoco puede esperarse un cuerpo de jueces como oráculos vivientes que dicten sus fallos conforme al Derecho justo, apartándose de los rigores e inflexibilidad del método tradicional de interpretación jurídica (3). Pero la norma es, por lo común, suficientemente amplia y genérica para permitir importantes márgenes de discrecionalidad.

El juez, el juez moderno, como el Estado moderno, está sometido a normas. En el título preliminar del Código civil (artículos 1 al 16) se dan instrucciones sobre las diversas fuentes del ordenamiento jurídico, y los requisitos que ha de reunir la Ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, la analogía, la equidad y una serie de valores que el juez ha de tener en cuenta en el ejercicio de su función. Se le impone en todo caso el “deber inexcusable” de resolver cuantos asuntos conozca. Se le indican también los criterios que ha de seguir en la interpretación de las normas jurídicas: “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos legislativos, y la realidad so-

---

(2) Albadalejo, “Derecho civil”, 2ª edición, Barcelona, 1965, pág. 35.

(3) Véase Jaime Guasp, “Juez y hechos en el proceso civil, Bosch, Barcelona, 1943, pág. 16.

cial del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (artículo 3-1).

La función judicial se presenta así, en lo que a la utilización de la norma jurídica se refiere, como una operación compleja, en la que intervienen la inteligencia, la cultura, la sensibilidad y la conciencia del juez. La Ley ofrece una orientación pero, sobre todo, formula un deseo de como debe realizarse ese aspecto tan importante de la función judicial que es la interpretación y aplicación de la ley. Frente al criterio elemental de la aplicación mecanicista del texto, se le dice al juez que hay que tener en cuenta otros factores, que ayudan a “humanizar” la decisión aunque favorecen la discrecionalidad.

Pero es que, además de la adecuada utilización de la norma, el Juez ha de “construir” debidamente el caso que se somete a su consideración. El juez decide casos, resuelve conflictos; y lo que a él se le ofrece es, precisamente, eso: un caso para el cual ha de buscar el Derecho precedente. “Da mihi factum, dabo tibi ius”. El Derecho es cosa del juez; el hecho, de las partes. Aunque, en cierto modo, hecho y Derecho son también cosa de cuantos intervienen en un proceso. Y el hecho —su concreta determinación— es algo tan importante y tan judicial —aunque en ocasiones se haya sustraído a la función— como la adecuada utilización del Derecho.

Todo caso judicial es un suceso, una serie de acontecimientos que otros relatan al juez, con versiones y apreciaciones distintas, con medios probatorios diferentes, sobre los cuales el juez ha de construir la “historia” del caso. Como dice Diez Picazo<sup>(4)</sup>, todo caso jurídico es siempre una “historia”. Y bien sabido es lo mucho de cierto que hay en la afirmación de que la historia es el historiador. Por otra parte, el relato del historiador *puede ser* interesado; el de las partes que intervienen en el proceso, *lo es* normalmente.

¿En qué posición se encuentra el juez ante los datos que los intervinientes en el proceso le suministran para que él construya la historia del caso?. Actualmente, y por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, puede decirse que casi en completa libertad. La doctrina procesal europea afirma, de manera unánime, que el sistema de prueba libre —ya que tiende a producir la convicción psicológica del juez— es el único congruente. Las pruebas a tener en cuenta son las practicadas en el proceso, a cargo, por lo común, de las partes, pero el juez puede aportarlas,

(4) “Experiencias jurídicas y teoría del Derecho”, Ariel, Barcelona, 1973, pág. 215.

dentro de ciertos límites, de oficio o para mejor proveer. Nuestro Tribunal Supremo, desarrollando la ambigua expresión de los artículos 632 y 639 de la Ley de Enjuiciamiento civil (apreciación de la prueba “según las reglas de la sana crítica”), ha afirmado reiteradamente el carácter discrecional de la apreciación de la prueba, llegando a admitir la apreciación conjunta de la misma.

En el proceso penal<sup>(5)</sup> se dispone que el Tribunal apreciará las pruebas practicadas “según su conciencia”<sup>(6)</sup>. La norma ha sido ampliamente interpretada en el sentido de la más libre apreciación de la prueba, sin sujeción a reglas ni cortapisas<sup>(7)</sup>. En la importante medida previa que supone el procesamiento de una persona y su posible prisión provisional, basta con que se aprecien por el juez “indicios” racionales de criminalidad (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento civil). Medida de tanta transcendencia resulta necesaria para el normal ejercicio de la función judicial, pero también gravemente peligrosa para los derechos del procesado inocente (así puede acordarlo, en su día, el tribunal penal). Ante tan importante riesgo, en Italia se ha optado<sup>(8)</sup> por la creación de un “tribunal de la libertad”, para revisar las órdenes de detención de los jueces. Sin necesidad de apartarse de los sistemas de control judicial, podría alcanzarse análoga garantía con la transformación profunda del recurso, siempre posible, ante el tribunal penal (Audiencia provincial en España), mediante instancia y tramitación verbal, en horas incluso, constituyéndose el tribunal con carácter de urgencia.

Con lo expuesto fácilmente podrá deducirse que los dos elementos básicos para que surja el derecho aplicado —la ley y el hecho probado—, no son, como regla general, ni seguros, ni concretos, ni previsibles. En tal sentido, la opinión actual más generalizada estima que la sentencia es el resultado de una actividad creadora del juez, y que la seguridad jurídica previa a la sentencia aparece bastante “insegura”. Para los juristas del realismo americano, el Derecho no es más que la profecía de lo que el juez realmente hará<sup>(9)</sup>.

---

(5) El sistema civil de apreciación de la prueba es válido en toda clase de procesos, por el carácter de teoría general del proceso que se atribuye al Libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil. En ocasiones, sin embargo, se recuerda o reitera, como ocurre en el proceso penal. La Ley general tributaria, de 28 de diciembre 1963, dispone, en su artículo 151-1, que los Jurados tributarios adoptarán sus acuerdos en conciencia, inspirándose en criterios de equidad.

(6) Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(7) Véase la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 15 de septiembre 1883.

(8) Según noticia de “El País”, de 4 de octubre 1981.

(9) Véase José Puig Brutau, “La Jurisprudencia como fuente del Derecho”, Bosch, Barcelona, s/f.

Con independencia de teorías, o de ideologías, en las que, inevitablemente, se otorga más consideración a lo que debe ser que a lo que realmente es, ha de reconocerse que la libertad del juez para dictar su resolución, aun dentro de los cauces legales, es muy amplia. La constatación del hecho no supone la proclamación de la necesidad de restringirla, pese a sus indudables riesgos, sino la necesidad de que se establezcan los controles eficaces para evitarlos.

De manera indirecta, pero real en la práctica, el tema de la libre apreciación de la prueba ha sido recientemente sometido a crítica, con motivo de un recurso de amparo del derecho constitucional “a la presunción de inocencia” (artículo 24 de la Constitución). El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 28 de Julio de 1981, afirma que para desvirtuar la presunción de inocencia, “es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo y que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado”. El Tribunal Constitucional realiza así una valoración de la prueba, calificándola de si es o no es de cargo, y examinando su contenido, con lo que rompe el principio de “apreciación en conciencia” por el juez (que puede, incluso, proceder de la negativa, la expresión, el gesto del acusado, los antecedentes y demás actos procesales, en su conjunto), y se convierte en árbitro de la valoración; es decir, de uno de los actos más importantes y genuinos de la actividad jurisdiccional.

Como se dice en el voto particular contra dicha sentencia, formulado por el magistrado Escudero del Corral, la sentencia constitucional confunde la prueba como medio (discutible en el recurso de amparo, cuando se invoca la presunción de inocencia, si resulta formalmente inexistente), y la prueba como resultado (impacto o efecto que en el juzgador producen los hechos), debiendo quedar esto último totalmente marginado de la intervención del Tribunal Constitucional. Valorar la prueba en el Tribunal Constitucional, aunque lo sea en la forma indirecta en que se hace, para estimar necesario “que de alguna forma pueda entenderse que ha sido de cargo”, puede llevar, en la práctica, a muy graves consecuencias para la actuación judicial.

No puede, sin embargo, desconocerse que la transformación del Derecho en algo concreto y vivo se realiza a través de una decisión personal. Pero ello es una característica de la relatividad y de la humanidad de la justicia, que no debe enmascarse. Las obligaciones del juez respecto a la utilización de la norma y a la apreciación de los hechos no son obstáculo para aquella realidad<sup>(10)</sup>.

---

(10) Como dice Rubert de Ventós (“El lenguaje imperfecto”, La Vanguardia, 10 enero

Los problemas de conciencia resultan así un hecho propio de la actividad judicial<sup>(11)</sup>. Han sido posibles elecciones y decisiones, matizaciones y variantes, que afectan a la libertad, a los derechos y a la esfera de poder de las personas, y ha resultado necesario optar por algunas de ellas con olvido, o con oposición, a las demás. La conciencia, ese conocimiento del bien y del mal (conocimiento relativo, como todo lo humano), ha actuado junto a los obligados condicionantes de la operación judicial decisoria.

No es extraño, pues, que “la voz de la conciencia” resuene en el juez, antes, durante y después de su decisión, bien sea con satisfacción o con remordimiento, precisamente porque no hay reglas morales eternas, ni únicas o uniformes. En este sentido, no es extraño que se haya dudado del “carácter moral” de la conciencia, al entender, como afirmaba Locke<sup>(12)</sup>, que algunos hombres que poseen la misma inclinación de conciencia van detrás de lo que otros evitan. En general, sin embargo, se mantiene la noción, aunque sea acentuando su carácter estrictamente social o natural.

De todo ello se puede deducir el enorme alcance social de una función como la judicial, que tan directamente afecta a la libertad y a los derechos de la persona, y en cuya determinación tanto influye, en última instancia, la personalidad total del juez. La designación libre de los jueces por el Soberano, tradicional en el antiguo régimen, evitaba los problemas con el Estado, aunque agravara los propios de la relación con el justiciable. En el Estado moderno, la procedencia de clase de los jueces, la cultura oficial y buen número de poderes orgánicos de decisión de los Gobiernos, posibilitaron una continuidad semejante, aunque no igual. La acentuación de la independencia judicial, respecto al Poder ejecutivo, puede plantear situaciones nuevas. En todo caso, la relación concreta juez-justiciable, dentro de la necesaria independencia funcional, del alcance real y efectivo de la libertad del juez y de la variedad de su conciencia, puede exigir nuevos mecanismos estructurales que refuercen la seguridad jurídica. En la España constitucional, la vía está abierta a través del Consejo General del Poder judicial, órgano de gobierno, representativo y democrático. En este sentido debe destacarse la

---

1982), empareados entre los que imaginan la perfección en el pasado y los que la intuyen en el futuro, a la gente sensata no nos queda sino defender la “imperfección” tanto de nuestro lenguaje como de nuestras instituciones.

(11) De manera expresa, la Ley de Enjuiciamiento criminal se remite (artículo 741) a la “conciencia” del Tribunal para la apreciación de las pruebas.

(12) Ferrater Mora, “Diccionario de Filosofía”, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pág. 568.

excepcional importancia que debe darse a la selección de los jueces y a la efectiva exigencia de su posible responsabilidad.

Los problemas de conciencia del juez pueden derivar de la complejidad del caso o de la insuficiencia o imperfección del Derecho. El Profesor Elias Diaz se pregunta<sup>(13)</sup>: “¿Qué puede hacer el juez cuando sea precisamente la ley, la norma, la que no se interese ni responda a una verdadera consecución y realización de la justicia, cuando sea el propio Derecho —como es tan frecuente— una mera sacralización de ilegítimos intereses particulares, impuestos coactivamente y que postergan a los auténticos intereses generales de la sociedad”?

El jurista cuenta con la existencia del Derecho injusto, y sabe —o debe saber— que la más importante de sus actividades es la lucha por un Derecho mejor, que coopere hacia un hombre y una sociedad mejores. El juez sabe que tiene unos cauces por los que su actividad ha de discurrir, pero que, aun dentro de ellos, tiene también muy importantes posibilidades para modelar el Derecho en cada caso, de modo que se aproxime cuanto sea posible a la justicia, concebida en su más alto valor<sup>(14)</sup>. El juez puede salvar así sus problemas de conciencia, aunque a veces los instrumentos de que dispone para realizar la justicia, no le permitan alcanzarla en la medida de su concepción. Se trata de una lucha incesante, en la que llegar hasta donde es posible, y alcanzar logros derivados del esfuerzo personal, puede otorgar hondas e íntimas satisfacciones de conciencia. Sin embargo, no es esta siempre la actitud del juez, del que pueden derivar conductas de insensibilidad o indiferencia.

Ante tal diversidad, la sociedad puede contemplar, desconcertada o impotente, la variedad o la oposición de actitudes en las conductas y resoluciones de sus jueces. La propia estructura de la institución judicial ha de encontrar la fórmula que asegure la aceptación y el consenso social.

La realización del Derecho es, como puede deducirse de lo anteriormente expuesto, un acto muy complejo en el que, como factor decisivo, aparece la personalidad del juez. Presentar al juez como un ser “asépti-

---

(13) “Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático”, Civitas, Madrid, 1978, pág. 39.

(14) Aquí puede estar la “explicación” de aquellos estudiantes de Derecho, a los que se refiere Elías Diaz (“Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado”, “Sistema”, octubre 1980, pág. 31), en contradicción con un concepto asumido del Derecho y el Estado como meros instrumentos de conservación del orden existente.

co”, por encima del bien y del mal, capaz de pronunciarse sin condicionamiento subjetivo alguno, resulta absurdo. El juez, como cualquier hombre, es un ser histórico, que nace, se forma y vive en una sociedad determinada, que recibe y acepta una serie de ideas y principios sobre la conducta humana y la vida en sociedad, e incluso sobre la vida misma, que condicionan y orientan sus juicios de valor. Sus nociones éticas, religiosas, sociológicas, políticas, culturales en general, su pertenencia a determinada clase social, su familia, sus amistades, sus circunstancias psicológicas e, incluso, fisiológicas, le configuran y, en buena parte, determinan su conducta.

Si anteriormente se ha destacado la complejidad de la norma y de su determinación, así como las dificultades de “construir” el caso judicial, ahora ha de señalarse, igualmente, el cúmulo diverso y contradictorio de aspectos que presenta la personalidad encargada de aquellas tareas. En primer lugar, para que pueda adquirirse una visión realista, y no mítica, de tan importante actividad social, para que se acabe de una vez con los tópicos interesados del juez puro e incontaminado, de la justicia intocable; pero, sobre todo, para que pueda encontrarse el camino adecuado hacia la justicia mejor y más aceptablemente sentida por la sociedad(15).

La sociedad puede lícitamente preguntarse: “¿Qué hacer ante las “casi ilimitadas” posibilidades del juez en su función? ¿Cómo protegerse de sus “errores” o de sus “humores”? El control y la responsabilidad están previstos: sistemas de recursos, derechos procesales de las partes, intervención de abogados, crítica a la actividad judicial. Pero, en cambio, sus particularidades concretas constituyen, con frecuencia, un mecanismo anacrónico, formalista y poco útil.

En su conjunto, el Derecho ha podido ser contemplado como instrumento de conservación del orden existente, y el legislador y el juez como partícipes destacados. El Estado democrático, sin embargo, posibilita un Derecho adecuado para la evolución y desarrollo de la sociedad. En el Parlamento, a través de la crítica de la oposición; en los tribunales, mediante una jurisprudencia progresiva. La supuesta actividad “neutra” del juez no es más que una actividad conservadora y parali-

---

(15) Sobre el rechazo de la justicia real por la sociedad, véase “Los hombres frente al Derecho”, de Juan Gómez Jiménez de Cisneros (Aguilar, Madrid, 1959). Al enorme y continuo resentimiento de la humanidad frente al Derecho, que en él se refleja, lo califica Guasp, en el prólogo, como un gigantesco ateísmo frente a la Ley, como una perenne blasfemia social que sobrecoje.

zante del Derecho. Precisamente frente a ella surge en Italia el llamado uso alternativo del Derecho, con el propósito de contribuir, desde la “vivificación” del Derecho por el juez, a la dinámica social. Con apoyo, sin duda, en las normas legales, especialmente en las constitucionales. La noción ha sido acogida con recelo, por entender que responde a una determinada política, precisamente cuando desde el propio campo de la que procede, ha surgido una crítica a la jurisprudencia alternativa, por sus limitadas posibilidades y por su “función suplente”(16).

En todo caso, dado el carácter creador de la jurisprudencia, debe fomentarse el uso adecuado del Derecho, que no debe ser otro, partiendo de las propias bases legales del artículo 3º del Código civil, que el de su interpretación progresiva, de acuerdo con la cambiante realidad social y el perfeccionamiento de los derechos de la persona. La conciencia del juez, su personalidad, el complejo mundo de sus ideas y actitudes, se reflejará siempre, de un modo u otro, en su actividad, por lo que la dinámica de la doctrina legal debe tender hacia aquellos fines. Como dice Elías Díaz(17), el Derecho puede adelantarse, en cierto modo, a la sociedad, para favorecer e impulsar así los cambios sociales. Y ello tanto desde la legislación como desde la jurisprudencia.

El método científico en el análisis del Derecho nos lleva necesariamente a la especial y revelante consideración del Derecho realizado, de la realización judicial del Derecho, del Derecho de los jueces, como la participación directa y viva del hombre en la realidad a que el Derecho se refiere. No puede darse un estudio auténtico del Derecho que no pase, o no se inicie, por el concreto derecho de la sentencia y las circunstancias de su entorno: personalidad del juez, hábitos forenses, garantías del ciudadano...

---

(16) Véase Perfecto Andrés Ibáñez, en “Política y justicia en el Estado capitalista”, Fontanella, Barcelona, 1978.

(17) “Sociología y Filosofía del Derecho”, 2ª edición, Taurus, Madrid, 1980, págs. 126 y 127.