

Equidad o seguridad jurídica: reflexiones sobre la arquitectura del sistema jurídico español

José Ramón de Hoces Íñiguez
Socio de Pérez-Llorca
ABOGADO DEL ESTADO EN EXCEDENCIA

I. Introducción	14
II. Seguridad jurídica y desarrollo económico	14
III. La seguridad jurídica y el principio de legalidad o de imperio de la ley	15
IV. La seguridad jurídica y la justicia como valor superior	16
V. Sobre la capacidad de creación jurídica de los jueces	18
VI. La justicia y la equidad	23
VII. Breve referencia al valor de la jurisprudencia	26
VIII. Las reglas de interpretación y los principios generales del Derecho	28
IX. Reflexiones finales	31

Índice/



Resumen: Los casos resueltos por los tribunales en materia bancaria han vuelto a poner de actualidad la necesidad de manejar conceptos jurídicos fundamentales. La “justicia material” ciertamente es una aspiración razonable de todo juzgador, pero puede afectar a la seguridad jurídica. Esta seguridad jurídica es un pilar necesario del desarrollo económico de toda nación, por lo que el objeto del presente estudio es proporcionar unas ideas que ayuden a definir el alcance de la “justicia” como valor superior y su relación con el principio de legalidad o de imperio de la ley.

Sin entrar a valorar casos concretos por pleno respeto a la función judicial, en el presente estudio se abordan, entre otras cuestiones, la capacidad de construcción jurídica que tienen los jueces y tribunales, la metodología que para esa creación se ha previsto en el ordenamiento jurídico español en contraposición con las directrices metodológicas de otras democracias, el significado de justicia como valor superior, el alcance del principio de equidad, o los criterios de interpretación de las normas. Todos estos son conceptos fundamentales que en ocasiones caen en desuso en la práctica profesional.

Abstract: The banking cases settled by the courts have once again put a spotlight on the need to manage fundamental legal concepts. “Material justice” is definitely a reasonable aspiration of any judge, but it can affect legal certainty. This legal certainty is necessary for the economic development of any nation, and the purpose of this study is to provide some ideas which help to define the scope of “justice” as a superior value and its relationship with the principle of legality or the rule of law.

Without analysing specific cases out of respect for the judiciary, this study addresses, among other issues, the capacity for legal construction that judges and courts possess, the related methodology that has been established in the Spanish legal system compared to the methodological guidelines in other democracies, the meaning of justice as a superior value, the scope of the principle of equity, and the criteria for interpreting the rules. All of these are fundamental concepts which are not always implemented in professional practice.



Palabras clave: Seguridad jurídica, desarrollo económico, justicia material, la justicia como valor superior, el principio de legalidad, las fuentes del Derecho, la equidad, los criterios de interpretación de las normas, los principios generales del Derecho, el positivismo jurídico, el iusnaturalismo, el movimiento Derecho libre, el análisis económico del Derecho.

Keywords: Legal certainty, economic development, material justice, justice as a superior value, the principle of legality, sources of law, equity, the criteria for interpreting the rules, the general principles of law legal positivism, iusnaturalism, the free law movement, the economic analysis of law.

Equidad o seguridad jurídica: reflexiones sobre la arquitectura del sistema jurídico español

I. Introducción

Recientes pronunciamientos judiciales, fundamentalmente relacionados con situaciones derivadas de los contratos bancarios, han provocado que algunos operadores jurídicos relevantes hayan considerado que se estaban generando situaciones de inseguridad jurídica que podían justificar el refuerzo de los mecanismos de sujeción de los poderes del Estado a la ley. Así, han calificado la situación de nuestro sistema jurídico como “crisis del imperio de la ley”, y denominan a alguna práctica judicial como “justicia material” o “justicia popular”. Estas opiniones hacen que cobren plena actualidad conceptos fundamentales incorporados a la metodología de nuestro sistema jurídico, tales como el principio de legalidad o de imperio de la ley, la seguridad jurídica, el valor superior de la justicia o el concepto de equidad. Todos estos principios y valores conviven en nuestro ordenamiento, siendo objeto del presente estudio exponer cómo funcionan armónicamente y, a la postre, cómo la arquitectura del ordenamiento jurídico español debería ser garantía de la seguridad jurídica y del desarrollo económico que necesitamos como nación.

II. Seguridad jurídica y desarrollo económico

Como punto de partida debe aclararse que la seguridad jurídica es una cuestión que no solo interesa hoy al Derecho, sino que es también una necesidad básica para todo desarrollo económico. Por ello, todos los operadores jurídicos deberían tener una visión más amplia de su aportación a la sociedad cuando se colabora en reforzar el principio de certeza jurídica. Hace algunos años ACEMOGLU y ROBINSON¹ publicaron un interesante estudio en el que se explica por qué, en condiciones similares, unos países se desarrollan económicamente y otros no. Entre las conclusiones que pueden extraerse de su lectura, es destacable aquella que vincula la prosperidad económica de un país a la existencia de una arquitectura institucional adecuada y al reconocimiento del Estado de Derecho. El concepto de Estado de Derecho es amplio, si bien cuando el poder constituyente elige esta opción como modelo de organización de la vida colectiva debe, acto seguido, proclamar el “principio de legalidad”, que no es otra cosa que el sometimiento de todos los ciudadanos y sus instituciones al imperio de la ley y del Derecho. Si todos estamos sometidos a la ley, a la misma ley, la consecuencia material del Estado de Derecho debería ser la seguridad jurídica de sus ciudadanos. Por tanto, todos deberíamos estar en condiciones de conocer razonablemente las consecuencias que nuestras leyes producen en caso de su incumplimiento.

¹ ACEMOGLU, D. y ROBINSON, JAMES. A., *Why Nations Fail*, Crown Publishers, Nueva York, 2012.

La vinculación entre seguridad jurídica y desarrollo económico también ha sido objeto de estudio por la doctrina. LÖSING² afirma que la seguridad jurídica es la expectativa del ciudadano de predecir la actuación del poder público en la aplicación del Derecho. Según este autor, la ciencia económica no abordó inicialmente la influencia de la seguridad jurídica en la prosperidad económica, simplemente, porque aceptaba la seguridad jurídica como una situación de partida ya dada. El modelo económico neoclásico se basa en la suposición de que, desde este punto de vista, la “transacción” tiene un coste cero. Concluye el autor, sin embargo, que, cuanto mayor sea la falta de certeza y los peligros, tanto mayores son los costes de transacción (entendidos como costes para protegerse de las inseguridades) afectando, así, al desarrollo económico.

Hoy en día nadie duda de que el concepto de confiabilidad en el ordenamiento jurídico y previsibilidad de aplicación administrativa y judicial son fundamentos necesarios para el desarrollo económico, tal y como demuestran las reiteradas alusiones que a la seguridad jurídica se realizan en nuestro país por los responsables públicos³. El objeto del presente trabajo es, como decía, profundizar precisamente en la seguridad jurídica desde la perspectiva de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, pues todos los operadores jurídicos, como por supuesto los juzgados y tribunales, estamos obligados a contribuir en el desarrollo de la sociedad a través de la seguridad jurídica. Así, resulta útil revisar la arquitectura prevista en nuestro ordenamiento para identificar dónde se encuentran las amenazas y cómo se puede responder a las mismas.

Sin embargo, resulta más prudente evitar aquí juicios precipitados sobre decisiones judiciales, pues los pronunciamientos que se invocan como paradigmas de inseguridad se deben más a “errores humanos” que a un fallo interno de nuestro sistema jurídico. El sometimiento del poder judicial a la ley y al Derecho, los límites de “construcción jurídica” que el Tribunal Constitucional permite a los jueces, la positivización de técnicas hermenéuticas para conseguir uniformidad en los criterios de interpretación de leyes, la reducción del recurso a la “*aequitas*” o equidad, entre otras instituciones jurídicas, permite concluir que nuestro ordenamiento goza de una sólida arquitectura jurídica que debería ser garantía de un adecuado grado de previsibilidad judicial, al menos en teoría.

III. La seguridad jurídica y el principio de legalidad o de imperio de la ley

Con carácter previo a tratar la cuestión de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, resulta conveniente realizar unas breves precisiones en relación con la noción de seguridad jurídica. Ante todo, la seguridad jurídica es uno de los principios constitucionales garantizados en el artículo 9.3 de la Constitución Española (“CE”). En relación con el contenido del principio de seguridad jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que interesa aquí destacar para el propósito de estas líneas, ha distinguido en su contenido (i) una vertiente subjetiva, relativa a la certeza y confianza en las normas y (ii) una vertiente objetiva, relativa a la idea de previsibilidad en su aplicación por los tribunales⁴. Pues bien,

2 LÖSING, N., “Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº6, 2002, págs. 273-298. Este autor ejemplifica su estudio de forma sencilla comparando la evolución del juego de balón escocés y el juego de balón conocido como fútbol. Mientras el juego de balón escocés -que carece de reglas conocidas y rige la ley del más fuerte- está prácticamente abandonado, el fútbol -que tiene unas reglas conocidas por todos anticipadamente- se ha desarrollado por todo el mundo.

3 Entre otros muchos, puede citarse al Gobernador del Banco de España, en su comparecencia en el Congreso de los Diputados el pasado mes de octubre de 2018. En la citada comparecencia, D. Pablo Hernández de Cos, afirmaba que “*el análisis económico de las dos últimas décadas, si en algún aspecto se ha desarrollado, es en el papel que juegan las instituciones económicas en el desarrollo de la economía, y el elemento fundamental es la seguridad jurídica*”.

4 STC 273/2000, de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico 9º y siguientes.

en relación con esta segunda vertiente, nuestro Tribunal Constitucional se refiere a la seguridad jurídica como “la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los Tribunales”⁵, o como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”⁶.

La opción constitucionalmente elegida para garantizar la seguridad jurídica en la aplicación del Derecho se obtiene mediante la extensión del principio de legalidad también a jueces y magistrados integrados en el poder judicial. Así, el artículo 117.1 CE recuerda que los jueces y magistrados están sometidos al imperio de la ley, mandato que se refuerza por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”). Este texto legal comienza recordando el sometimiento de los jueces y magistrados al imperio de ley (artículo 1 LOPJ) para después incidir en que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, y conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (artículo 5 LOPJ).

Como dice IGARTUA⁷ el sometimiento del juez a la ley está comprendido en el citado “principio de legalidad” cuya consagración jurídico-positiva aconteció en Europa en el siglo XVIII, sobre todo tras la Revolución Francesa. Este sometimiento del juez a la ley, proclamado también por nuestra Constitución, es la primera garantía que nuestro bloque de constitucionalidad ofrece al ciudadano en aras de la seguridad jurídica. Por tanto, en el sistema constitucional español hay un “predominio de la ley”, en comparación con los sistemas anglosajones donde la piedra angular del sistema está en el “predominio del juez”⁸. Con ello, es evidente que ningún juzgado o tribunal está por encima de la ley sino que están expresamente llamados a interpretarla y a aplicarla.

5 STC 234/2012, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 8º.

6 STC 36/1991, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico 5º.

7 IGARTUA SALAVERRÍA, J., “El sometimiento del juez a la Ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 40, 2006, págs. 59 y siguientes.

8 El presente estudio no tiene por objeto exponer las diferencias entre sistemas jurídicos, ni mostrar las debilidades y fortalezas de cada uno. Por ello, como mera referencia general puede citarse a STÜRNER, M., en su artículo “Tendiendo un puente entre el *Common Law* y el Derecho Continental” publicado en la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2007 (págs. 177 y siguientes) quien, de forma sencilla, explica que en el sistema de *Common Law*, las leyes no se formulan de forma abstracta sino a partir de casos (que son los llamados “precedentes”) por lo que el razonamiento jurídico está principalmente dominado por los hechos del caso y no, como en el sistema continental, por la norma legal abstracta. Este sistema se debe fundamentalmente a razones históricas, concretamente, a la falta de contacto que el sistema de *Common Law* de Inglaterra tuvo con el Derecho romano, a diferencia de la Europa continental. Asimismo, en relación con la capacidad de construcción de los jueces en el sistema anglosajón vigente en Estados Unidos, puede consultarse la obra de CALABRESI, A., *A Common Law for the age of statutes*, 1982. Este autor es uno de los principales promotores de la corriente metodológica llamada Análisis Económico del Derecho que utiliza la racionalidad económica como método de construcción jurídica.

asigna con justicia, es decir, interpretando la ley de forma justa al caso. Como dice REMÓN⁹, el juez llamado a resolver un asunto, a solucionar “un caso”, aspira a dictar una resolución justa, pero la legitimidad de hacer justicia no puede transformarse en el criterio mismo de interpretación de la ley. Se nos antoja evidente que el juez que transita por ese camino, es decir, que utiliza el ánimo de hacer justicia como un auténtico criterio de interpretación, puede utilizar la percepción subjetiva de su noción de justicia en lugar de una metodología uniforme para la creación de Derecho en todos los casos en los tribunales. Esta constituye la primera amenaza al imperio de la ley y su principio de legalidad, poniendo en riesgo la seguridad jurídica.

Algunos operadores jurídicos han denunciado casos en los que, a su entender, podríamos encontrarnos ante una defectuosa comprensión de la función de hacer justicia. A raíz de las primeras sentencias dictadas en relación con cláusulas abusivas en contratos bancarios, GOMÁ¹⁰ apreciaba que la actitud de los tribunales puede (i) debilitar el principio de legalidad y de jerarquía normativa en aras de la búsqueda de una solución pretendidamente más justa, e (ii) incrementar, por la vía de hecho, el valor de las decisiones jurisprudenciales que tienden a convertirse en normas. Aun reconociendo el citado autor el importante papel que los jueces están teniendo para resolver los problemas derivados de algunos abusos financieros, alertaba de que el desequilibrio entre los poderes constitucionales puede ser un grave peligro para la seguridad jurídica. Así, señalaba correctamente que *“la aspiración del jurista debe ser obtener la justicia material, pero sin renunciar a la seguridad jurídica, aunque ello implique, lógicamente, un trabajo más fino -y mucho más arduo- de análisis y discriminación de conductas”*. Algunos años antes, también GOMÁ¹¹ alertaba de la tendencia judicial a buscar soluciones de justicia material con cierta independencia de la norma, todo ello, a modo de jueces americanos, poniendo en riesgo el sistema constitucional español que, como sistema continental, no admite la alternativa “ley-arbitrio de los tribunales”.

Sin entrar a valorar los casos concretos que motivaban tales comentarios, puede compartirse plenamente con el citado autor que el sistema constitucional elegido por nuestro constituyente parte de la primacía de la ley, y todos los jueces y tribunales están obligados a respetarla. Por ello, los tribunales no pueden interpretar la ley supeditándola a su criterio de justicia. La seguridad jurídica y el principio de legalidad impiden que la legítima pretensión de hacer justicia permita a un órgano jurisdiccional prescindir de las directrices metodológicas previstas en la ley, pero también interpretar la ley misma a su voluntad para llegar a contradecirla en la práctica. Sin embargo, puede resultar de utilidad intentar dar un paso más en el análisis del problema ya que, ciertamente, en nuestra Constitución convive el precitado principio de legalidad (artículo 9.1 CE) con la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE). Por ello, es perfectamente legítimo, como decía, tener la pretensión de hacer justicia en la resolución de los casos, pero sometidos al imperio de la ley, por lo que debe indagarse cuál es el margen constitucionalmente admisible del

9 REMÓN PEÑALVER, J., “La lucha por la seguridad jurídica”, *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, Edición Especial, 2006, pág. 67.

10 GOMÁ LANZÓN, I., en su artículo de opinión “¿Justicia material o populismo judicial?”, publicado el 14 de julio de 2016, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/6812-justicia-material-o-populismo-judicial>.

11 GOMÁ LANZÓN, I., en su artículo “¿Hay Derecho?: la vinculación de los jueces a la ley”, de fecha 17 de febrero de 2011, <https://hayderecho.expansion.com/2011/02/17/hay-estado-de-derecho-iv-la-vinculacion-de-los-jueces-a-la-ley/>.

órgano jurisdiccional para aplicar simultánea y coordinadamente los valores superiores y los principios constitucionales.

V. Sobre la capacidad de creación jurídica de los jueces

El primer aspecto nuclear del problema se centra en el margen que tienen los jueces para respetar el imperio de la ley y, al mismo tiempo, realizar la justicia como valor superior. En una primera aproximación, puede parecer que esta cuestión tiene difícil solución porque ambos principios, llevados a sus extremos, vivirían enfrentados. En efecto, si prima el imperio de la ley en sentido estricto, los jueces y tribunales serían ejecutores automáticos de la norma, pudiendo anular el valor superior de la justicia. Y si, por el contrario, prima el mandato constitucional a los jueces y tribunales de realizar justicia, en su realización puede quedar en entredicho la solución prevista por la ley.

Debe reconocerse, desde el principio, que es imposible aquí abordar con amplitud uno de los temas más relevantes de la filosofía jurídica. No obstante ello, en relación con la capacidad de creación jurídica de los jueces y tribunales para respetar el principio de seguridad jurídica, se pueden sostener, básicamente, dos tipos de posturas: (i) las que tienden a anular la capacidad de creación del juez y (ii) las que conceden una cierta capacidad de construcción jurídica.

(i) Posiciones que tienden a anular la capacidad de creación del juez

En primer lugar, podría defenderse que el imperio de la ley dificulta cualquier capacidad de creación de los juzgados y tribunales, que deben ser unos meros aplicadores automáticos de las normas. Así, se podría seguir razonando que, en un sistema constitucional donde se proclama el imperio de la ley, el órgano jurisdiccional atiende a la justicia solo en la medida en que aplique, sin matiz alguno, la letra de la ley, pero sin capacidad de creación. Si el ordenamiento jurídico está integrado por la ley aplicable será porque esa ley es justa, por lo que la realización de la justicia como valor superior se consigue mediante la aplicación sin matices de la norma.

La función jurisdiccional se limitaría a determinar la norma aplicable al supuesto de hecho para después aplicar la consecuencia jurídica derivada de esta operación. Esta postura es la propia del positivismo jurídico. Como dice DAMIÁN¹², una de las principales contribuciones de KELSEN a la ciencia jurídica fue el apartar del Derecho cualquier tipo de motivación de orden ideológico, moral o ético con el propósito de evitar el riesgo de que los jueces dejaran de aplicar la ley a pretexto de consideraciones morales o religiosas. Según esta posición, los

12 DAMIÁN MORENO, J., *El juez ante la ley*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, pág. 25.

jueces no tienen capacidad de crear Derecho ni facultad alguna para “modular la fuerza y rigor” de la ley, todo ello para evitar que impongan su voluntad más allá de lo que resultara aceptable. A los jueces les correspondería solo aplicar el Derecho creado por las instancias políticas competentes.

Esta primera posición tendría como virtud que refuerza los principios y derechos fundamentales, tales como la igualdad de todos en la aplicación de la ley (artículo 14 CE), o la predictibilidad de la resolución del caso por los tribunales como garantía de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Sin embargo, esta interpretación intensamente positivista debe ser objeto de reproches prácticos y conceptuales.

Desde el punto de vista práctico, es evidente que sería una utopía pensar que todas las normas pueden prever, a priori, la infinidad de situaciones que pueden suscitarse en la realidad. Por ello, si se niega capacidad de construcción jurídica a los jueces y tribunales, muchos casos quedarían sin resolver. Como dice GÓMEZ DE LIAÑO¹³, en la legalidad objetivamente considerada es imposible que se contemple una multitud de circunstancias que rodean los supuestos de hecho a los que se enfrentan los jueces. En efecto, un exagerado positivismo puede ser calificado sencillamente como irreal, ya que, si se carece de todo margen creador, solo se podrían resolver los casos sencillos donde todos los hechos están previstos en la norma previa, general y abstracta. Sin embargo, cualquier profesional con experiencia conoce que muchos casos se plantean ante norma defectuosa, oscura o simplemente donde se carece de norma.

Desde el punto de vista conceptual, el positivismo tampoco puede llegar a convencer por la sencilla razón de que resulta discutible que “*ius*” y “*lex*” sean la misma cosa. Como dice CASTILLO VEGAS¹⁴, nunca puede ser pura y simple una realidad compleja como es el Derecho. Nuestra Constitución se inclina por esta misma concepción del Derecho como dimensión específica en la que, entre otros géneros, sin duda se integra la ley, pero no solo ella. Sirvan como ejemplo los casos en los que la Constitución afirma que España se constituye como un “Estado de Derecho”, no como un “Estado legal” (artículo 1.1 CE), o señala que la Administración actúa con sometimiento pleno “a la ley y al Derecho” (artículo 103.1 CE). Así, se podría continuar razonando que en el Derecho se integra la doctrina derivada de las soluciones que dan los juzgados y tribunales para lograr el valor superior de la justicia (artículo 1.1 CE) siempre que respeten al mismo tiempo la ley. Por ello, también puede sostenerse que, aunque el principio de legalidad prevalezca, ello no quiere decir que los juzgados y tribunales no tengan una cierta capacidad de construcción jurídica.

(ii) Posiciones que conceden una cierta capacidad de construcción jurídica al juez

Parece evidente que debe reconocerse a los jueces y tribunales la capacidad de construcción jurídica para resolver los casos difíciles en los que la norma es oscura, o donde simplemente se carece de norma. En la mayoría de los orde-

13 GÓMEZ DE LIAÑO, F., en la obra colectiva *El Derecho y la justicia*, coordinada por SUÁREZ-LLANOS, L., Tirant lo Blanch, 2017.

14 CASTILLO VEGAS, J., “Los errores puros de Kelsen”, en la obra colectiva *El positivismo jurídico a examen*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

15 La expresión “*non liquet*” (“no está claro”) es un principio del Derecho romano conforme al cual un juez podía dejar sin juzgar el asunto a pretexto de que no encontrara solución para el caso, o por no haber norma directamente aplicable. La prohibición del “*non liquet*” se encuentra en el ordenamiento español en el artículo 1.7 del Código Civil que señala: “*Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*”.

16 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, 1984, págs. 11 y siguientes.

17 La citada Sentencia (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 2 de diciembre de 1983) revisaba otra dictada en la jurisdicción penal, ante la invocación de la infracción del artículo 25 CE. En opinión del recurrente, el Código Penal no regulaba la figura del “delito continuado”, infringiendo así la sentencia recurrida el principio de legalidad en materia penal. Planteada así la cuestión, el Tribunal Constitucional abordaba el tema de la capacidad de “construcción” que tienen los juzgados y tribunales.

namientos jurídicos actuales se prohíbe que el juez se niegue a dar solución al caso que se le plantea porque el ordenamiento jurídico es pleno y el juzgador puede encontrar una solución utilizando las herramientas adecuadas¹⁵. Por ello, fácilmente se puede comprender que los tribunales deben tener capacidad de construcción jurídica y que esa creación también se integra en el Derecho.

La forma de realizar la justicia como valor superior se consigue con el reconocimiento de capacidad creativa a la labor judicial, lo cual no implica que los casos deban resolverse atendiendo a percepciones subjetivas de justicia. GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶ señala que existe un Derecho con mayúscula que tiene otro origen distinto al de la ley, es decir, que la ley no es el único origen del Derecho. Y continúa el citado autor disertando que, aunque es evidente que en la solución de los casos ni los jueces, ni cualquier aplicador del Derecho, pueden liberarse de la ley, porque iría en contra del principio de legalidad, la Constitución impone la necesidad de funcionalizar la ley hacia el valor superior de la justicia. Esa justicia no es un sentimiento subjetivo del juez -porque es la voluntad popular a través de la Constitución y las leyes la que gobierna-, ni son apreciaciones de justicia en el caso concreto -porque todos somos iguales ante la ley (artículo 14 CE)-. En palabras de este autor, la justicia se consigue a partir de la ley, mediante la aplicación de técnicas jurídicas pues, “*si alguna objetividad ha alcanzado la técnica jurídica a lo largo de los siglos es, precisamente, la de ser una técnica de justicia, con alcance infinitamente más preciso y seguro que cualquier otra posible valoración moral o legal*”. Concluye GARCÍA DE ENTERRÍA señalando que un Estado de Derecho necesita de un aparato judicial capaz de usar la técnica jurídica para concretar la justicia e imponerla como una realidad efectiva, advirtiendo, para evitar cualquier equívoco, que esta técnica jurídica no es una “jurisprudencia de conceptos” extraídos de la mera relación sistemática de unos preceptos con otros a través de procedimientos lógicos, sino la construcción de una “jurisprudencia de valores” materiales concretos presididos por el primer valor, que es la justicia.

La evolución de la sociedad en el siglo XX y la aparición de problemas jurídicos de mayor complejidad, razonablemente, obligan a incorporar esta visión *post-positivista* al ordenamiento español. A favor de reconocer a los jueces y tribunales capacidad de construcción dogmática, puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1983¹⁷, en la que se señalaba que el razonamiento del recurrente se fundaba en una “*cuestionable premisa: la que el indicado principio de legalidad ha de ser entendido en forma tan rigurosa que el Juez queda prácticamente reducido a ejecutor automático de la Ley*”. Así, termina concluyendo la citada sentencia que el juez tiene “*libertad de criterios*” para realizar “*construcciones jurídicas*” siempre que no contradiga el principio de legalidad. Los términos utilizados por nuestra Constitución vienen a reconocer una realidad del Derecho donde se inserta, entre otras, la ley como género. Esto permite concluir, efectivamente, que los jueces y tribunales tienen capacidad de construcción jurídica para realizar la justicia como valor superior, siempre, conviene recordarlo una vez más, en el marco de la ley.

(iii) Límites a la capacidad de creación jurídica del juez

El reconocimiento de una cierta capacidad de creación jurídica a los órganos judiciales no implica en modo alguno que se reduzca la seguridad jurídica pues, como se ha dicho, la construcción jurídica solo se puede efectuar (i) respetando siempre la ley, (ii) utilizando técnicas jurídicas precisas de creación jurídica y (iii) prescindiendo de valoraciones subjetivas o individuales sobre lo que es “justo” en cada caso.

Ciertamente, algunos juzgados y tribunales pueden tener la tentación de crear Derecho sin ajustarse a los cánones metodológicos previstos por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el sistema constitucional español es difícil que puedan tener acogida los métodos de creación fundados en valores extralegales como el llamado movimiento Derecho libre desarrollado en Alemania y Austria. Como dice SEGURA¹⁸, en el llamado “*Freirechtsbewegung*” o “*Derecho libre*” el juez goza de una libertad que no puede ser limitada por las directivas metodológicas definidas por las normas jurídicas, reconociendo al juez un papel creador mediante el uso de realidades jurídicas extralegales, tales como la equidad, ponderación de intereses, sentimiento jurídico o derecho justo. Así, aunque este movimiento Derecho libre está principalmente enfocado a colmar las lagunas de la ley mediante el empleo de esas fórmulas en la capacidad creativa del juez, el tribunal puede incluso llegar a contradecir la ley misma en casos excepcionales, lo que resulta materialmente incompatible con el principio de imperio de la ley.

Asimismo, algunos operadores jurídicos pueden pretender aplicar la “racionalidad económica” como metodología de la construcción jurídica a pretexto de que es un pensamiento legal muy exitoso en los últimos tiempos, como lo hace el movimiento del llamado Análisis Económico del Derecho (conocido por sus siglas AED) que está plenamente aceptado en Estados Unidos. El Análisis Económico del Derecho es una corriente de la teoría del Derecho que usa la ciencia económica como metodología jurídica. Por un lado, el legislador aplica la ciencia económica para decidir qué leyes deben ser promulgadas por ser económicamente eficientes y, por otro lado, el juez construye el Derecho o interpreta normas de forma acorde con el resultado pretendido de aumentar la eficiencia económica¹⁹.

A pesar de lo sugestivas que son algunas ideas de estas nuevas corrientes metodológicas, en España este debate da para lo que da. A diferencia de otros países, el ordenamiento jurídico español está enormemente codificado, por lo que los márgenes judiciales son más reducidos que en otras democracias. En efecto, el ordenamiento español se caracteriza por una clara delimitación de la metodología de creación del Derecho mediante el uso de técnicas estrictamente jurídicas. Así, existe un sistema de fuentes del Derecho, una positivización de técnicas hermenéuticas uniformes, un sistema para resolver lagunas y, en fin, una concreta metodología de creación jurídica definida por las normas constitucionales y legales que nos aleja de los sistemas basados en la “voluntad”, el

18 SEGURA ORTEGA, M., “El movimiento del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho X*, 1993, págs. 423 y siguientes.

19 Para el estudio de los movimientos metodológicos fundados en la racionalidad económica, resultan útiles las referencias de ROLDÁN cuando describe la evolución que ha ido teniendo el movimiento del Análisis Económico del Derecho, distinguiendo las siguientes fases y autores principales: (i) una primera fase en la que ha predominado la Escuela de Chicago, cuyo máximo representante es RICHARD A. POSNER; (ii) una segunda fase en la que dominaba la corriente liberal reformista liderada por GUIDO CALABRESI; y (iii) finalmente, una tendencia neoinstitucionalista denominada así por CENGO G. VELJANOVSKI. ROLDÁN ÁLVAREZ, M., “Análisis económico de la norma tributaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2015, pág. 7.

“sentimiento”, o la “racionalidad económica” como métodos de creación del Derecho. Por ello, el problema de la previsibilidad judicial en España no está en la certeza del Derecho ni en la capacidad de construcción jurídica de los juzgados o tribunales.

En nuestro sistema jurídico la sujeción de los jueces a la ley y a sus cánones metodológicos es indudable. Ni siquiera en los casos extremos en los que un órgano judicial considere que la ley aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, vulnera los preceptos constitucionales, puede dejar de aplicarla. En tales casos, lo que procede es, como es sabido, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional²⁰. El sistema constitucional español es el de Estado de Derecho, pero también es el de “Estado Democrático”²¹. No hay duda de que no habría comportamiento más antidemocrático si un órgano judicial dejara de aplicar la ley sin plantear, previamente, la cuestión de inconstitucionalidad.

20 *Vid.*, el artículo 163 CE, en relación con el artículo 5.2 LOPJ, así como los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del *Tribunal Constitucional*.

21 El artículo 1.1 CE señala que “España se constituye como un Estado Social y Democrático de Derecho”.

22 Puede consultarse a DAMIÁN MORENO, J., *El juez ante la ley*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, pág. 35.

23 *Vid.*, los artículos 208 y 209 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El único principio reconocido por nuestra Constitución, y cuya incorporación a la metodología jurídica puede resultar controvertida, es la “justicia” referida en el artículo 1.1 CE. Así, pues, la principal amenaza que se puede encontrar desde la perspectiva de la seguridad jurídica se produce en la práctica procesal, en la que pueden darse casos en los que la capacidad de construcción jurídica para materializar la “justicia” se interpreta por el juez de forma equivocada, por dejarse influir por métodos extrajurídicos o por su percepción subjetiva de justicia. De hecho, como ha señalado la doctrina²², en ocasiones un juez puede tener la tentación de adoptar una decisión a partir de los hechos y luego elaborar sus razonamientos a fin de ajustarlos retrospectivamente a la decisión que previamente ha adoptado. Esta forma de administrar la justicia no es admisible en nuestro sistema jurídico. En primer lugar, porque las resoluciones judiciales tienen una estructura previamente definida por la ley, que es la que razonablemente debería guiar su construcción jurídica, cual es la de “*hechos, fundamentos jurídicos y fallo*” y no la de “*hechos, fallo y fundamentos jurídicos*”²³. En segundo lugar, por razones puramente metodológicas, pues, como se ha dicho, si en la realización de la justicia el juez prejuzga la interpretación de la ley según su criterio de justicia, no estaría construyendo Derecho a partir de la metodología prevista en las propias normas sino a partir de la libertad de su pensamiento. En tales casos, es altamente probable que, consciente o inconscientemente, el juez termine vulnerando la ley en lugar de interpretándola.

Esta práctica consistente en poner el foco en el ideal abstracto de justicia y no en la norma tuvo su exponente en las corrientes *iusnaturalistas*, según las cuales un juez podría dejar de aplicar la ley a pretexto de su injusticia. Ciertamente, el iusnaturalismo se ha utilizado en la Europa del siglo XX en alguna situación extrema para desplazar doctrinas de origen positivista, como fue el caso de los abusos del nacionalsocialismo en la Alemania de la primera mitad del siglo XX. Allí se cometieron conocidos crímenes a pretexto de limitarse a aplicar la legalidad estricta instaurada por el poder autoritario. En los Juicios de Núremberg de 1945 el Tribunal mantuvo que el cumplimiento de la legalidad dictada por un

poder autoritario no puede servir de excusa para suplantar el Derecho natural más básico o elemental²⁴.

Sin embargo, ningún razonamiento iusnaturalista de este tipo puede resultar aplicable al sistema español vigente para desplazar la voluntad de la ley, ya que nuestro sistema constitucional es el de un Estado Social y Democrático de Derecho donde se reconocen y garantizan, a modo de derechos fundamentales y libertades públicas, los elementales principios de Derecho natural.

(iv) Conclusión

En virtud de las consideraciones anteriores, se puede concluir esta primera cuestión señalando que, aunque en nuestro ordenamiento jurídico rija el principio de legalidad, los jueces y tribunales deben tener una cierta capacidad de construcción jurídica para funcionalizar la ley hacia el valor superior de la justicia. Esta capacidad de creación de Derecho se realiza mediante la aplicación de las técnicas o métodos jurídicos definidos por las normas y no atendiendo a consideraciones subjetivas de justicia, ni a la llamada justicia del caso concreto. El sistema de fuentes del Derecho, las técnicas para suplir lagunas normativas, o los criterios legales de interpretación de las normas son, como luego se expone, ejemplos de tales métodos.

Sin embargo, no podemos dar por concluido el análisis de la convivencia entre el principio de legalidad y el de la justicia como valor superior sin afrontar un último tema. La capacidad de influencia del Derecho natural en nuestra práctica judicial exige deslindar, además, (i) el concepto constitucional de justicia y (ii) la idea de equidad, distinción que resulta difícil desde el punto de vista de nuestra historia del Derecho. Diferenciar ambos conceptos tiene importancia en la tarea de aplicación del Derecho ya que es el propio Código Civil (“CC”) el que señala que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas.

VI. La justicia y la equidad

El Capítulo II del Título Preliminar del CC, bajo la rúbrica “*Aplicación de las normas jurídicas*”, se refiere en su artículo 3 a los criterios de interpretación de las leyes. En su apartado segundo señala, además, que “*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas*”. Si la equidad debe ponderarse en la aplicación de las leyes, cabría preguntarse si esa habilitación legal faculta a un juzgado o tribunal para matizar, suavizar o incluso interpretar la ley conforme a su ideal de justicia.

Con carácter previo a analizar la problemática que encierra el precepto citado, conviene advertir que dentro del citado artículo 3.2 CC hay que diferenciar el inciso primero, que reza “*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas*”, del segundo, según el cual “*las resoluciones de los Tribunales solo*

24 Los Juicios de Núremberg tuvieron lugar en los años 1945 y 1946. Los tribunales estaban integrados por jueces de las potencias aliadas (Gran Bretaña, Francia, Unión Soviética y Estados Unidos) y en ellos se juzgaron los hechos del Holocausto.

25 Son variados los supuestos en los que el ordenamiento jurídico incorpora la equidad en normas concretas, tales como el artículo 1103 CC, que permite a los tribunales “moderar” la responsabilidad que proceda de la negligencia; el artículo 1154 CC, que faculta a los jueces a “modificar equitativamente” la pena cuando la obligación con cláusula penal hubiera sido, en parte, o irregularmente cumplida por el deudor; el artículo 1690 CC, que permite la impugnación de la parte de ganancias y pérdidas en el contrato de sociedad cuando en la designación hecha por un tercero haya faltado la “equidad”; el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando se establece como límite a la revisión de oficio de los actos administrativos si su ejercicio resulta contrario a la “equidad”; el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, cuando señala que el agente tendrá derecho a una indemnización por clientela si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta “equitativamente” procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia.

26 CASTÁN TOBEÑAS, J., *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Instituto Editorial Reus, 1950. La citada obra recoge el brillante discurso leído por el Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas en el acto de su recepción como académico de número y su contestación por el Excmo. Sr. D. Eloy Montero Gutiérrez. El profesor CASTÁN era defensor de la equidad frente a un positivismo extremo y tuvo mucha influencia en la incorporación de la equidad en nuestro Derecho civil como cláusula de interpretación general, aunque el texto aprobado fue, finalmente más modesto y moderado.

podrán descansar de manera exclusiva en ella [la equidad] cuando la ley expresamente lo permita. Este segundo inciso no requiere gran aclaración, pues constituye un simple reconocimiento de casos concretos en los que la dicción expresa de la norma positiva ya se refiere, con fórmulas que difieren muy poco, a la equidad²⁵.

Para la certeza del Derecho el problema se deriva de la interpretación del inciso primero, es decir, en la regla de ponderar equidad en la aplicación de toda norma general y abstracta. Esta mención a la equidad obliga razonablemente a comprender su significado en el ordenamiento actual. En efecto, además de la justicia como valor superior al que se refiere el artículo 1.1 CE con el alcance antes expuesto, el CC mandata a los jueces, tribunales y resto de operadores jurídicos que ponderen la aplicación de las normas con equidad. Por ello, debemos entender correctamente el significado de la idea de equidad y su relación con la concepción de justicia, todo ello a los efectos de concluir si, con la necesaria ponderación de la equidad, se está reconociendo capacidad a los jueces y tribunales de modular, o incluso corregir los efectos de las leyes.

Como punto de partida debe señalarse que el concepto de equidad ha sido creado por la filosofía antigua y utilizado por los diferentes sistemas jurídicos históricos, aunque no con un significado uniforme ni asimilado siempre al ideal de justicia. Así, podemos referirnos al término “epiqueya” en la filosofía griega, o a los principios de “*aequum et bonum*” y el “*ius aequum*” del Derecho romano, o al concepto de “*aequitas*” del Derecho canónico. CASTÁN²⁶ señala que la idea de equidad que se traspasó a los ordenamientos jurídicos modernos se formó de elementos griegos, romanos y cristianos y, a través de diversas construcciones jurídicas, se incorporó al Derecho anglosajón y a casi todos los países del continente europeo. ARISTÓTELES diferenciaba en la justicia una dimensión de “justicia natural” que se funda en la naturaleza invariable del hombre y una dimensión de “justicia positiva o legal” que se deriva de las leyes promulgadas por los hombres. Así, para la justicia aristotélica la equidad estaba destinada a servir de término medio entre la justicia natural y las disposiciones del derecho positivo, a veces demasiado rígidas o severas. En el Derecho romano el concepto de equidad se fue transformando a lo largo de su historia. Sin embargo, fruto de la influencia posterior del iusnaturalismo cristiano, el “*ius aequum et bonum*” se fundamentaba en principios de justicia natural para corregir también los excesos y perjuicios de la ley positiva. Finalmente, las escuelas iusnaturalistas cristianas conciben la equidad como parte del Derecho natural y de la idea de justicia. La *aequitas* canónica exige tener en cuenta las circunstancias del caso concreto en la aplicación de la norma, pudiendo incluso introducir soluciones contrarias a la legalidad²⁷. Concluye CASTÁN que, pese a los diferentes tipos históricos, la equidad tiene una característica coincidente en todas las épocas, cual es que la equidad es la contraposición del derecho rígido, formal o estricto.

27 ÁLVAREZ CORTINA, AC., “Derecho canónico, justicia y equidad”, dentro de la obra colectiva *El Derecho y la justicia*, coordinada por SÁNCHEZ-LLANOS, L., Tirant lo Blanch, 2017, págs. 181 y siguientes.

Si entramos a analizar la función de la equidad en el derecho vigente, podemos afirmar que no coincide con el ideal de justicia que ha tenido en otras épocas históricas. La equidad en nuestro sistema actual no sirve para corregir, en ningún caso, la voluntad de la ley, aunque se aparte de la consideración de lo "justo" que tenga el aplicador del Derecho. A estas conclusiones puede llegarse fácilmente recordando la primacía del principio de legalidad y del imperio de la ley consagrado en la Constitución, pero también analizando el propio origen del artículo 3.2 CC. En efecto, la redacción vigente del CC proviene de la reforma introducida por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del CC. Como consecuencia de los sugestivos debates y de las enmiendas que habían presidido la tramitación de la reforma, la Exposición de Motivos del citado Decreto puso una especial delicadeza en aclarar el significado que quería atribuir con la incorporación de la equidad. Así, la Exposición de Motivos señalaba que: "a modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos, ha de considerarse el valor reconocido a la equidad. Esta no aparece invocada como fuente del derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros. Consiguientemente, una solución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad. Queda exceptuada la hipótesis de que la ley permita expresamente fundar las resoluciones solo en la equidad; mas para ello se requiere la existencia de una norma concretamente atributiva de tal valor a la equidad, bien distinto del que en términos generales le viene reconocido con alcance únicamente interpretativo y cooperador."

El concepto de equidad en nuestro sistema jurídico es, por tanto, muy moderado y, desde luego, no alcanza a permitir una variación en la solución normativa prevista para los casos sometidos a enjuiciamiento. La equidad está configurada por nuestro ordenamiento como un simple instrumento tendente a la aplicación de las normas "sensible con las particularidades del caso" que, además, (i) no puede imponerse ni superponerse a las conclusiones provenientes de la interpretación de la normas según las reglas interpretativas uniformes que también incorpora el artículo 3.1 CC, y (ii) no es fuente del Derecho, ni mecanismo adecuado para salvar las lagunas de la ley, que se suplen ordinariamente con las otras fuentes del Derecho y con la analogía. Como dice TORRALBA²⁸ citando a RUIZ VADILLO, la idea que subyace en el CC es que terminado el proceso interpretador de la norma conforme a los criterios legales, ha debido quedar aclarado el sentido y alcance de la ley, pero que su aplicación concreta puede necesitar todavía un "pequeño ajuste" o "retoque" para conseguir una más perfecta adecuación a las particularidades del caso. Ese "pequeño ajuste" o "retoque" a las concretas circunstancias del caso es la equidad. Por tanto, la equidad en nuestro sistema no es una idea de justicia de origen extralegal a la que pueden acogerse los tribunales, porque es la propia metodología de interpretación de las normas la que se refiere a su alcance y utilidad. Tampoco, por supuesto, permite corregir o contradecir a la ley, ya que, a lo sumo, es una

28 TORRALVA SORIANO, V., en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Editorial Tecnos, 1977, págs. 190 y 191.

29 Entre otras muchas, puede citarse la STS 16 de abril 2004 (RJ 2004\2634), que señala que: *“La desestimación del motivo se basa en que la equidad, criterio general con que deberá ponderarse la aplicación de las normas, no puede fundar por sí sola una decisión judicial, salvo cuando la Ley expresamente lo permita, y así lo viene declarando reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que cabe citar entre las Sentencias más recientes las de 21 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8085) y 26 de febrero de 2004”*.

30 La STS 15 de noviembre 2006 (RJ 2006\8087) señalaba: *“El principio de equidad aparece en el artículo 3.2 del Código civil en el sentido de que «habrá de ponderarse en la aplicación de las normas», de manera que, no siendo fuente del derecho (sentencias de 3 febrero 1986 [RJ 1986, 410] y de 16 octubre 1990 [RJ 1990, 7870]), determina el «punto de equilibrio entre los intereses y pretensiones en pugna según la apreciación del hombre medio», y tiene un claro engarce con los principios generales de derecho. La sentencia de 26 febrero 2004 (RJ 2004, 1751) determina que «la discutida figura de la aequitas incorporada por primera vez en forma directa y nominativa a nuestro Código civil (LEG 1889, 27) por la reforma en él introducida por la Ley 3/1973, de 17 de marzo (RCL 1973, 498), aparece como una forma, procedimiento, o, si se prefiere, elemento de interpretación a la vez que corrector de la generalidad de la Ley, función o actividad que el citado precepto y número encomiendan a los tribunales, razón por la cual el criterio mantenido tanto en la primera como en la segunda instancia en orden a dicho aspecto ha de prevalecer, no pudiendo tener acceso a la casación más que cuando fuere arbitrario o desorbitado, lo que en modo alguno acontece en el presente supuesto (Sentencias de 9 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2678] y de 22 de junio de 1984 [RJ 1984, 3256]”*.

“pequeña corrección” de las conclusiones extraídas tras la interpretación de la ley para ajustarla a las particularidades del caso.

En consecuencia, puede afirmarse que los jueces tienen capacidad creativa mediante el uso de las técnicas de aplicación del Derecho que se contienen en nuestras normas. La equidad se encuentra incorporada a la metodología como “pequeña corrección” que puede realizarse a las conclusiones extraídas de la interpretación legal, solo si fuera necesario para ajustarse a las circunstancias del caso. Por ello, los jueces y tribunales podrían ver en la equidad una forma adecuada en la que, sin apartarse de los métodos jurídicos vigentes, pueden interpretar la norma para resolver un caso corrigiendo una excesiva vinculación formal a la ley en sentido rígido. Ahora bien, si la equidad fue introducida en la reforma de 1974 de una forma muy limitada, más restrictiva debe ser aún su aplicación actual, porque pocos años después nuestra Constitución reforzó nuevamente el principio de sujeción de todos los poderes públicos a la ley.

Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo coincide sustancialmente con las ideas anteriores. Así, una parte de las sentencias del Tribunal Supremo refuerzan la idea de que las resoluciones judiciales solo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita²⁹. Otra parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo se refieren a la equidad como el instrumento de ajuste de la interpretación, es decir, como “elemento de interpretación a la vez que corrector de la generalidad de la Ley”³⁰, o “como un elemento de dulcificación del derecho”³¹, pero exigiendo siempre una “ponderación sumamente prudente y restrictiva”³².

VII. Breve referencia al valor de la jurisprudencia

Como se ha señalado hasta ahora, el principio de legalidad o el imperio de la ley son principios constitucionales perfectamente compatibles con la idea de que los juzgados y tribunales puedan crear Derecho. El camino de creación no se encuentra en la percepción subjetiva de la justicia del juzgador sino en la aplicación de las técnicas jurídicas previstas por el propio ordenamiento con el propósito de tender a la uniformidad y a la seguridad jurídica. En este contexto de uniformidad y seguridad jurídica, cabría preguntarse también cual es la función que tiene la jurisprudencia en el papel creador de Derecho. Concretamente, debe analizarse si la función creadora solo corresponde a los tribunales capaces de construir

31 La STS 26 de febrero 2004 (RJ 2004\1751) dice: *“Las Sentencias de 5 de mayo, 14 de mayo y 6 de julio de 1993 (RJ 1993, 6108), declaran que no es, en nuestro Ordenamiento positivo, la equidad sino un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética pueda fundar, por sí solo, una resolución judicial”*.

32 La STS 20 de diciembre 2002 (RJ 2002\10752) señala que *“si hay una constante en sus sentencias (en la jurisprudencia de esta Sala) es que la equidad no resulta aplicable cuando de los textos legales se deduzca claramente la resolución de los puntos en litigio, requiriendo por tanto la equidad una ponderación sumamente prudente y restrictiva (SSTS 3-2-1995 [RJ 1995, 737], 8-2-1996 [RJ 1996, 1346], 10-12-1997 [RJ 1997, 8968] y 29-12-1998 [RJ 1998, 9980])”*.

jurisprudencia y si esta jurisprudencia se impone jerárquicamente a los órganos judiciales inferiores, incapaces, pues, de realizar construcciones jurídicas.

Como punto de partida, debe señalarse que el valor de la *iuris prudentia* ha sido diferente a lo largo de nuestra historia, si bien, tras superar la etapa de positivismo instaurado por las constituciones revolucionarias francesas en las que negaba todo valor a la jurisprudencia, desde mediados del siglo XIX y hasta nuestros días ha alcanzado “cierta trascendencia normativa”. La jurisprudencia viene referida en el artículo 1.6 CC con la significación de “*complementar al ordenamiento jurídico*”. Esta expresión debe ser entendida en la forma que clarifica la propia Exposición de Motivos del citado Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, según la cual “*a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa*”.

La jurisprudencia -con la doctrina que de un modo reiterado establezca el Tribunal Supremo- es la interpretación de la norma que, desde una perspectiva procesal, goza de la presunción de ser la más acertada en Derecho. Por ello, cualquier profesional con experiencia asume con naturalidad que el apoyo jurisprudencial es un valor seguro en el planteamiento procesal de su caso³³. Ahora bien, una cosa es que la jurisprudencia tenga valor jurídico y otra cosa es que, además, sea un límite impuesto a la capacidad de construcción de un juzgado o tribunal. En efecto, la interpretación jurisprudencial, desde luego, no tiene por qué ser infalible en su técnica ni, por supuesto, implica que un juzgado o tribunal esté vinculado jerárquicamente a ella. Como recuerda IGARTUA³⁴, “los jueces y magistrados están sometidos ‘*únicamente al imperio de la ley*’ (artículo 117.1 CE), lo cual aparta cualquier posibilidad de sumisión, además de a la ley, a la jurisprudencia”.

Las últimas reformas procesales del recurso de casación no parece que pretendan imponer vinculante o jerárquicamente la jurisprudencia, sino más bien reconocen que un juez o tribunal puede crear una doctrina que se aparte de la jurisprudencia. La función de uniformar el Derecho que persigue la jurisprudencia no impide que el propio Tribunal Supremo pueda confirmar, matizar o corregir su previa doctrina a raíz de las interpretaciones sugeridas por otro o incluso por el mismo órgano jurisdiccional. Con algunos matices según el orden jurisdiccional, la admisión de los nuevos recursos de casación se caracteriza por la exigencia del llamado interés casacional. El artículo 477.3 LEC señala que la sentencia recurrida tiene interés casacional cuando se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y el artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señala que existe interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugna fije una

33 Resulta interesante el análisis que realiza DAMIÁN MORENO, J., “*El juez ante la ley*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, págs. 36 y siguientes. El citado profesor recoge las enseñanzas de HOLMES y de ROSS. Por un lado, se refiere a la postura de OLIVER W. HOLMES, padre del realismo jurídico americano, quien defendía que solo tiene sentido la investigación jurídica orientada a predecir lo que los jueces harán, porque sólo así se puede preparar una adecuada estrategia de respuesta a lo que hará la parte contraria. Y, por otro lado, describe las consideraciones de ALF ROSS, quien sin negar la evidencia de que la eficacia de las normas se encuentra supeditada a la forma en la que los tribunales la interpreten, niega que el derecho vigente pueda extraerse de los comportamientos de los jueces, porque si no sería imposible distinguir lo que es Derecho de lo que no lo es.

34 IGARTUA SALAVERRÍA, J., “El sometimiento del juez a la Ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, nº 40, 2006, págs. 59 y siguientes.

interpretación contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

Por ello, la propia configuración de la casación permite concluir que el Tribunal Supremo puede admitir tales recursos cuando la resolución impugnada se aparte de criterios jurisprudenciales precedentes y, si se admite así el recurso, como es lógico, el citado tribunal puede terminar con sentencia que (i) confirme su jurisprudencia, o (ii) acceda a la casación matizando, precisando o corrigiendo su doctrina anterior³⁵. Así las cosas, la capacidad creativa del Derecho le corresponde a todo órgano judicial y no solo a los llamados tribunales de casación. El hecho de reconocer capacidad creadora a todo juzgado o tribunal tampoco implica que se reduzca la seguridad jurídica porque, como se ha señalado, toda construcción de Derecho debe realizarse a través de los métodos jurídicos previstos por nuestro ordenamiento.

VIII. Las reglas de interpretación y los principios generales del Derecho

Como se ha venido diciendo en los últimos apartados, los jueces y tribunales tienen capacidad de crear Derecho respetando siempre la ley y con respeto a las técnicas jurídicas previstas por el propio ordenamiento. Una de las reglas básicas de la técnica jurídica es aplicar las normas de interpretación de las leyes. Pero, antes de referirme a las cuestiones que plantea la técnica jurídica de interpretación de normas, conviene realizar con carácter previo algunas precisiones jurídicas.

En primer lugar, conviene diferenciar entre las fases de “interpretación” y de “aplicación” de la norma, ya que son conceptos distintos que a menudo se confunden. Como recuerda DE CASTRO³⁶, la interpretación y la aplicación del Derecho son dos operaciones interdependientes que constituyen las fases sucesivas de adecuación de las normas a la realidad. La interpretación es la operación consistente en comprender con precisión la norma que va a ser aplicada, para luego, efectivamente, realizar esa aplicación en la situación fáctica concreta sometida a enjuiciamiento. Y, en segundo lugar, resulta necesario clarificar que los preceptos que contienen reglas de interpretación de normas tienen carácter instrumental. Como ha señalado la jurisprudencia³⁷, el artículo 3.1 CC es un

35 En el ámbito del orden jurisdiccional civil, puede citarse, por ejemplo, el ATS 12 de diciembre 2018 (RJ 2018\5459), cuando señalaba: “*Debe recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta sala (lo que constituye presupuesto del recurso) [...] siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un interés casacional que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha*”; o en el orden contencioso-administrativo puede citarse el ATS 24 de mayo 2017 (JUR 2017\128501) según el cual: “*Se hace, pues, conveniente un pronunciamiento de este Tribunal Supremo que esclarezca la cuestión en litigio, previo planteamiento, si fuera necesario, de la correspondiente cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, para actualizar simplemente o, en su caso, reconsiderar su jurisprudencia, tarea propia del recurso de casación, que no sólo debe operar para formar la jurisprudencia ex novo, sino también para matizarla, precisarla o, incluso, corregirla [vid. auto de 15 de marzo de 2017 (RCA/93/2017 (RJ 2017, 1254))]*”.

36 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil en España*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 487.

37 Puede citarse, por ejemplo, la STS de 30 mayo 1991 (RJ 1991\3950), según la cual: “*La norma invocada tiene, en definitiva, naturaleza medial, respecto de la que, directamente, se aplica, y, en consecuencia, son estas normas, supuestamente mal aplicadas, las que deben citarse a efectos casacionales, aunque la argumentación se refuerce con referencia a peculiaridades del artículo 3.1 del Código Civil, no observadas o dejadas de tener en cuenta por el intérprete, conforme a la orientación que ya marcó la Sentencia de esta Sala de 11 de Octubre de 1982 (RJ 1982\5549)*”; o la STS de 23 de mayo 2002 (RJ 2002\5087) que señala “*si bien el art. 3.1 del Código Civil alude a criterios de interpretación de normas sobre la base de una prioritaria referencia al sentido propio de las palabras utilizadas, aunque en relación con los demás extremos a que se refiere y fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas, resulta, por un lado, que tal interpretación es función de la Sala sentenciadora, salvo que sea ilógica o contraria a la Ley, mientras que, por otra parte, ni el art. 3.1 del Código Civil es Ley directamente aplicable al caso, sino solo guía de interpretación de normas, y su posible violación no permitiría su cita directa a efectos de casación, pues vale solo como pauta hermenéutica en conexión con algún precepto concreto, según reiteradísima jurisprudencia de sobra conocida*”.

precepto de carácter “medial” que contiene las reglas que debe aplicar cada intérprete en su tarea de aplicar la norma a cada caso concreto y que, dada su función instrumental, su infracción solo es relevante si se conecta con la vulneración de la norma concreta que se debió interpretar correctamente.

Aclarado lo anterior, la cuestión nuclear que plantea la interpretación de las normas en relación con la seguridad jurídica es definir si la tarea de interpretar es una operación libre de cada aplicador del Derecho, o está sometida a unas reglas o cánones jurídicos concretos. Sin duda, la utilización de unos cánones homogéneos de interpretación de las normas resulta conveniente por razones de seguridad jurídica, ya que, si la interpretación de la norma se practica arbitraria o libremente, resulta imposible garantizar la unidad de Derecho. Por ello, en nuestra historia jurídica se aprecia la tendencia de los juristas a crear una uniformidad en las reglas interpretativas.

En el Derecho romano predominaba la interpretación de las normas conforme a su sentido o finalidad (“*sentencia*”) y no según el tenor literal de sus palabras (“*verba*”)³⁸. Asimismo, en la tradición jurídica española era frecuente utilizar los cuatro elementos de interpretación creados por SAVIGNY como eran los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático, que pronto fueron tomados en consideración por la conocida Resolución de 23 de agosto de 1894, de la Dirección General de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado³⁹. Desde mediados del siglo XX la doctrina iba reclamando la codificación de las reglas hermenéuticas para reforzar la uniformidad del Derecho, lo que finalmente cristalizó en la reforma del Título Preliminar del CC, en la conocida redacción del artículo 3.1 CC, que pasó a convertirse en la regla general de interpretación de todo el ordenamiento español, sin perjuicio de algunas normas especiales⁴⁰. Así, el artículo 3.1 CC pasó a señalar que: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

Esta redacción supuso el reconocimiento de los criterios interpretativos que venían aplicándose por la jurisprudencia y la doctrina española, si bien se incorporó como elemento principal el criterio “teleológico”, es decir, el que atiende al espíritu y finalidad de la norma, regla que antes estaba subsumida dentro del elemento lógico de SAVIGNY⁴¹.

La capacidad de creación jurídica de un tribunal no debería ir en retroceso de la seguridad jurídica si los cánones de interpretación están codificados y existe una razonable vinculación a los mismos. De hecho, la cuestión principal que plantea la existencia de reglas hermenéuticas es el grado de vinculación que el intérprete tiene a las mismas. Esta cuestión viene resuelta por la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que señala que con la codificación de los criterios de interpretación se pretende obtener una uniformidad en la forma de proceder. Así, señala que “*en punto a la pertinencia o no de que los códigos contengan normas predeterminativas de los criterios a utilizar en la interpretación no hay actitud sólidamente consolidada [...] La tesis afirmativa*

38 Puede consultarse a GUZMÁN BRITO, A., “Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano”, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, Revista de Estudios Histórico-jurídicos. GUZMÁN señala que la descomposición de la ley en sus dos elementos, “*verba*” y “*sentencia*”, aparecen enunciados en un texto de Ulpiano (D.50, 16, 6, 1), llegando este autor a la conclusión, además, de que la noción de *epieikés* en Aristóteles coincidía con el método interpretativo de los juristas romanos.

39 La Resolución de 23 de agosto de 1894, de la Dirección General de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado (Gaceta de Madrid, número 269, publicado el 26 de septiembre de 1894), señalaba que la cuestión, origen del recurso, era una cuestión de interpretación, y para resolverla había que tener en cuenta “*como en todo problema de esta índole, los cuatro elementos de que se compone: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático*”.

40 Existen algunas normas que contienen reglas especiales de interpretación, tales como las contenidas en el artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, o la Sección Tercera de la Parte III de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.

41 Dentro del elemento “lógico” de SAVIGNY se encuentra el elemento que hoy conocemos como “teleológico” (es decir, el que persigue el entendimiento de la finalidad de la norma) ya que dentro del elemento lógico se ha de desentrañar también la intención o espíritu de las leyes para lo cual investiga la “*ratio legis*”, el propósito perseguido por la ley o la razón que la justifica.

42 Puede citarse la STS 5 de junio 1992 (RJ 1992\5001), que señalaba que la aplicación de los principios generales del Derecho, en cuanto reconocidos por la jurisprudencia, sólo es posible en el ordenamiento jurídico español (i) como fuente subsidiaria de segundo grado (en defecto de ley o costumbre) y (ii) como criterios de interpretación (carácter informador del ordenamiento jurídico) como elemento de contraste con la interpretación concreta de una determinada norma. También dice DIEZ-PICAZO citando a DE CASTRO, que los principios generales son criterios "orientadores de la labor interpretativa que señalan el método de interpretación que se debe seguir". DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Edición Digital, mayo 2015.

43 Las diferencias entre los principios generales y las reglas o máximas jurídicas han sido tratadas por toda la doctrina. Por ejemplo, MANS PUIGARNAU, J., *Los Principios Generales del Derecho*, Bosch, 1947, pág. XXX señalaba que mientras los principios son un concepto o norma fundamental abstracta, las reglas son una locución sencilla que sirve de expresión a un principio jurídico. A esto debe añadirse que no siempre las reglas o aforismos son concreción de auténticos principios generales del Derecho, pues, como decía la STS 29 de septiembre 1997 (RJ 1997\6665) aunque "tales principios a veces se formulan como aforismos jurídicos o reglas jurídicas, unos y otras, en la mayoría de los casos, no son la expresión de principios generales del derecho entendidos como los principios básicos del derecho legislado o consuetudinario o de la ciencia jurídica".

pondera los beneficios de cierta uniformidad en el modo de proceder. Por esta ha sido preciso inclinarse dado el mandato de la Ley de Bases que se ha convertido en norma articulada tal y como en ella aparece, es decir, sin mayores especificaciones, por temor a que los criterios perdieran el carácter esencial y flexible con que vienen enunciados, pues en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida".

La mención anterior permite concluir que el propósito de la codificación de las reglas hermenéuticas es precisamente que la tarea interpretativa no sea absolutamente libre, sino que exista una cierta uniformidad en la interpretación del ordenamiento jurídico sin renunciar a su "carácter flexible y abierto". La referencia al carácter abierto no debe interpretarse como una forma de escaparse al artículo 3.1 CC, sino como la capacidad del intérprete de completar la tarea interpretativa con otros métodos jurídicos. Entre ellos, están (i) la regla prioritaria de interpretación de toda norma conforme a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la que se refiere el artículo 5 LOPJ antes citado, y (ii) la función interpretativa de los principios generales del Derecho a la que me referiré brevemente.

Aunque la misión de los principios generales del Derecho es mucho más trascendente de lo que puede recogerse en estas últimas reflexiones, debe recordarse que los principios generales del Derecho cumplen las funciones establecidas por el artículo 1.4 CC, es decir, una función "integradora" en defecto de ley y de costumbre por su carácter de fuente del Derecho, y una función "interpretativa" de la norma dado su carácter informador del ordenamiento jurídico. La función interpretativa consiste en la utilización de los principios generales del Derecho para resolver las dudas que surgen de la interpretación de la norma, esto es, para resolver sus ambigüedades o sus pasajes oscuros⁴².

Ahora bien, la interpretación de las normas conforme a los principios generales puede plantear el problema de identificar cuáles son los principios que rigen en el sistema vigente. Esta cuestión es trascendente pues, en una historia jurídica tan rica como la española en la que han regido una multitud de principios, reglas y máximas jurídicas⁴³, se puede correr el riesgo de intentar aplicar principios que en modo alguno pueden extraerse de nuestro ordenamiento actual. Por ejemplo, se puede querer aplicar la regla de "*aequitas praevalet stricto iuri*", es decir, "la equidad prevalece sobre el derecho estricto", cuando es evidente que nada permite en nuestro Derecho vigente atribuir semejante alcance a la equidad. Precisamente por ello, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado también en delimitar los principios generales del Derecho que pueden tener funciones interpretativas o integradoras, que serían aquellos que vienen positivizados en la ley o que pueden extraerse sencillamente de los textos legales,

así como los que su vigencia haya sido reconocida de forma expresa por la jurisprudencia⁴⁴.

Por todo lo anterior, puede concluirse que la codificación de las reglas de interpretación de las normas y el carácter informador del ordenamiento que tienen los principios generales del Derecho impiden que la actuación del intérprete sea absolutamente libre y ponga en riesgo la seguridad jurídica.

IX. Reflexiones finales

Hechas las reflexiones anteriores, puede afirmarse que la arquitectura de nuestro sistema jurídico, matizada y completada con las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, goza de un nivel adecuado de solidez y de seguridad jurídica. En efecto, en el Derecho español rige el principio de imperio de la ley, principio que es compatible con el valor superior de la justicia y con la capacidad de construcción jurídica de los jueces y tribunales. La capacidad de creación jurídica debe seguir la metodología prevista por el ordenamiento a través, entre otras, de las reglas de interpretación y aplicación del Derecho.

La interpretación de las normas no es absolutamente libre, sino que está sometida a unos patrones homogéneos de técnica hermenéutica que deberían impedir arbitrariedades en la solución de los casos sometidos a enjuiciamiento. Y, desde luego, nuestra equidad no es una institución para resolver un caso según el sentimiento subjetivo de justicia ni para desplazar a la ley, sino una forma de introducir un “pequeño ajuste” en la aplicación de la norma interpretada, solo si las particularidades del caso así lo exigen.

Por ello, sin entrar a valorar casos concretos de “justicia popular” que hayan podido poner en jaque al principio de legalidad, al menos, puede afirmarse que nuestro ordenamiento es un sistema bastante perfecto en lo que a la seguridad jurídica y a la unidad del Derecho se refiere. Ahora bien, como dice COUTURE⁴⁵, el Derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia, pero “si este sistema ha de ser aplicado por hombres, el derecho valdrá lo que valgan esos hombres”. Quizás los riesgos para la seguridad jurídica no están tanto en la arquitectura del ordenamiento jurídico español, sino en la actitud personal del operador jurídico ante el Derecho y, en particular, en su percepción de los hechos, polémica que, sin duda, excede ya del propósito de estas líneas.

44 La STS 23 de marzo 2000 (RJ 2000\2106) señalaba: “Respecto a los principios generales, se limita en el desarrollo del motivo, a expresar dos frases jurídicas, sin más, ignorando el concepto doctrinal y el desarrollo jurisprudencial de los mismos: aplicación indirecta a través de las demás fuentes, por su carácter informador (así, sentencia de 2 de julio de 1973 [RJ 1973, 2931]), aplicación directa, en defecto de ley y costumbre (sentencias, la misma de 2 de julio de 1973, 30 de octubre de 1976 [RJ 1976, 4424], 31 de marzo de 1977 [RJ 1977, 1360], 8 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5521], 12 de mayo de 1992, 5 de junio de 1992 [RJ 1992, 5001]) y necesidad de probar su vigencia general y aplicación al caso, demostrando que es acogido por el ordenamiento jurídico, citado el precepto que lo sanciona o la jurisprudencia que lo recoge (sentencias de 27 de octubre de 1967 [RJ 1967, 4549], 28 de mayo de 1968 [RJ 1968, 2927], 7 de febrero de 1972 [RJ 1972, 474]).”

45 COUTURE, E., “Introducción al estudio del proceso civil”, Buenos Aires, 1978, pág. 74, citado por DAMIÁN MORENO, J., “El juez ante la ley”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, pág. 67.