

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ  
DE CATALUNYA

# *IURIS PRUDENTIA* *DEL JUEZ CIVIL*

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. IGNACIO SANCHO GARGALLO

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. RAMON MULLERAT

*26 d'octubre de 2010*

BARCELONA

MMX



DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. IGNACIO SANCHO GARGALLO



Excmo. Sr. Presidente e Ilmos. Sres. Académicos,  
autoridades  
y amigos,

Es lógico que mis primeras palabras sean de agradecimiento a los miembros de la Academia por el honor que me han otorgado al elegirme para formar parte de ella, y en especial a Elías CAMPO y Josep Joan PINTÓ, que me apadrinan en este acto, y a Ramon MULLERAT encargado por la Academia de contestar este discurso de ingreso.

No oculto que, junto a la lógica satisfacción, desde que supe de la elección me sobrevino otro sentimiento de respeto a la Academia y a sus miembros, que en estos meses previos a mi discurso de ingreso ha ido creciendo, conforme voy conociéndola con mayor detalle. Este respecto se manifiesta en responsabilidad, cuando constato que vengo a ocupar el sillón señalado con el nombre de un gran ilustrado, Antoni CAMPMANY, y que sucedo a quien hasta su muerte tan honrosamente lo había ocupado, el magistrado Antoni SABATER I TOMAS.

Antoni SABATER, además de haber desarrollado la carrera profesional propia de un juez en nuestro país, pasando del ejercicio de su actividad jurisdiccional en pequeñas y grandes localidades a, finalmente, presidir la Sala 1.<sup>a</sup> (civil) de la Audiencia Territorial de Cataluña, desempeñó otra función complementaria que, estoy seguro, contribuyó a que aflorara en él la mentalidad propia de un jurista: fue Juez Delegado de Apelaciones del Principado de Andorra desde 1967 a 1981, siendo después designado Fiscal General de Andorra. Primero con sus resoluciones y después con sus publicaciones, especialmente el *Dret Civil d'Andorra*<sup>1</sup>, contribuyó a la seguridad jurídica del Principado, a la par que aclaró sus fuentes normativas e ilustró sobre el régimen jurídico de muchas de sus instituciones jurídicas. Para entrever el alcance de su labor, basta releer su discurso de ingreso en la Academia «*De les fonts del Dret Andorrà fins a llur aplicació: La jurisprudència*

---

<sup>1</sup> SABATER I TOMAS, A., *Dret Civil d'Andorra*, Ed. Promocions literàries, Andorra, 1984.

*com a conducta*» y también apreciar cómo siguen resonando en la actualidad constantes referencias a su «jurisprudencia» en el foro del Principado de Andorra, donde continúa siendo un referente.

No puedo extenderme, por la premura de tiempo, en este recuerdo de mi predecesor en la Academia, pero implícitamente continuaré refiriéndome a él al desarrollar el objeto de mi discurso: la «*iuris prudentia*» o «*prudentia iuris*» del juez civil.

## I

### APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO DE LA JURISPRUDENCIA

1. En la denominación de esta prestigiosa y centenaria institución a la que me incorporo en este acto como Académico de número, hay dos términos que encierran el mayor carácter distintivo del signo: «Jurisprudencia» y «Legislación». Así como el segundo término tiene un significado unívoco, que no da lugar a dudas, pues se refiere a la Ley, al compendio de leyes o disposiciones normativas, en cuanto fuente principal del Derecho<sup>2</sup>, no ocurre lo mismo con el término Jurisprudencia. En nuestro país, su acepción más común es la prevista en la actualidad en el art. 1.6 CC<sup>3</sup>: doctrina que emana del Tribunal Supremo en la interpretación reiterada de las normas jurídicas<sup>4</sup>. Pero, al margen de su conceptualización como verdadera fuente del Derecho, no es esta su acepción originaria, a la que responde el título de nuestra Academia.

Existe un concepto más amplio de jurisprudencia, como conocimiento del Derecho, enraizado en el Derecho Romano. ULPIANO define la «*Iuris prudentia*» como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto» [*«iuris prudentia est divinatorum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti sciencia»* (ULPIANO, D. 1.1.10.2)]<sup>5</sup>. De hecho, en la mayoría de los

---

<sup>2</sup> El art. 1.1 Código civil, tras la reforma de su título preliminar llevada a cabo en el año 1974, la menciona en primer lugar entre las fuentes del Derecho: «*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

<sup>3</sup> Este precepto dispone que «*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

<sup>4</sup> El diccionario de la RAE (20.<sup>a</sup> edición), tras hacer mención al origen etimológico del término jurisprudencia (del latín, *iuris prudentia*), deja constancia de tres acepciones y por este orden: 1.º Ciencia del derecho; 2.º Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen; 3.º Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordantes (*www.rae.es*). GORDILLO, A., en la voz «jurisprudencia» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. III, Civitas, Madrid 1995, pp. 3.888 y ss., después de dejar constancia de que en Derecho Romano y aún hoy entre los alemanes y anglosajones se designa con este término a la ciencia del Derecho, advierte que en nuestro sistema adquiere un sentido estricto de acuerdo con el cual denota el criterio constante y uniforme de aplicar Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo.

<sup>5</sup> DOMINGO, R.-RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, D., *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 171.

países europeos se ha conservado esta acepción de jurisprudencia como ciencia del Derecho, sin perjuicio de que en el ámbito anglosajón también haya derivado a su identificación con la Teoría del Derecho<sup>6</sup>.

El propio título de nuestra Academia, tomado sin duda de su antecedente próximo, la Academia de Jurisprudencia Teórico-práctica de Barcelona, creada el 22 de enero de 1777 por Carlos III, muestra que para entonces imperaba este concepto amplio de Jurisprudencia, equivalente a ciencia o conocimiento del Derecho<sup>7</sup>.

Conviene no perder de vista que la acepción actual de jurisprudencia del art. 1.6 CC es más moderna, surge con posterioridad, como una consecuencia de la instauración del Tribunal Supremo y del recurso de casación. El Tribunal Supremo, que fue previsto por la Constitución de Cádiz como centro que encarnara la potestad judicial, no se instauró de forma definitiva hasta 1834, por Decreto de 24 de marzo, sustituyendo al Consejo de Castilla. No asumirá propiamente la función de casación hasta 1838, en que por Real Decreto de 4 de noviembre se regule el recurso de nulidad<sup>8</sup>, y se supriman los anteriores recursos de segunda suplicación e injusticia notoria<sup>9</sup>. Este último se parece al de casación, en cuanto no se admitían nuevas alegaciones ni probanzas, pero difiere en que mira más al interés particular que a la legalidad del fallo, que es lo que justifica y perfila el recurso de casación. Pero, propiamente, adquiere esta fisonomía con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que en sus arts. 1010 y ss. prohíbe llevar a la casación cuestiones de hecho y de apreciación de pruebas, distingue entre recursos de nulidad por infracción de Ley o de doctrina legal (art. 194), y suprime la exigencia de que sea Ley clara y

---

<sup>6</sup> En el ámbito anglosajón, este término aparece por primera vez ligado a este significado en 1668 (Oxford English Dictionary, 2nd ed, 1989), y está plenamente consolidado cuando, en 1827, John AUSTIN ocupó la cátedra de jurisprudencia o Teoría del Derecho en la recién fundada Universidad de Londres, y más tarde escribió su ensayo «Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia» (*On the Uses of the Study of Jurisprudence*), donde entiende por jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de Derecho (AUSTIN, J., *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, pp. 26-27).

<sup>7</sup> PAGAROLAS I SABATÉ, L., *Història de l'Acadèmia de jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, editado por Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2000, pp. 19 y ss. A este respecto resulta muy ilustrativo el artículo primero de las Ordenanzas de 1777, que se transcribe en este libro, pues hace referencia al objetivo y finalidades de la institución: «*El instituto de la Academia es el facilitar a los individuos una instrucción general en todo lo necesario para entrar en la vasta intrincada carrera de la abogacía una noticia de los tribunales que hai en esta provincia, de sus formalidades, de su estilo, de las leyes que en ellos rigen y de la jurisdicción propia de cada uno; resolver dudas legales, patrocinar causas, pronunciar sentencias, exponer las cuestiones más difíciles y más corrientes, enterarse a propósito de las disposiciones particulares del cuerpo legislativo de Cataluña, no por las subtilidades especulativas, sino consultando su verdadero espíritu a las luces de la práctica y de la observancia de los juzgados; finalmente, imponerse en todo aquello en que trasladados al foro los académicos puedan desempeñar la instrucción y el talento que se requiere en los nobles profesores de jurisprudencia*».

<sup>8</sup> LASSO GAITE, J. F., *Aportación a la Historia del Tribunal Supremo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, diciembre de 1969, n.º 6, época 2.ª, tomo LIX, 227 de la Colección, p. 581.

<sup>9</sup> Regulado en la Novísima Recopilación, Libro XI, título 23.

terminante, como decía el Real Decreto de 1838<sup>10</sup>. Será para entonces, después de la publicación de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se comiencen a recopilar y publicar las Sentencias del Tribunal Supremo, cuyos razonamientos irán conformando poco a poco una doctrina reiterada en la interpretación y aplicación no sólo de las leyes, sino también del resto del ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

2. Resulta muy significativo que cuando se crea la Academia en 1840, junto a la designación originaria de «Jurisprudencia», se añade el término «Legislación». Entre la creación de una y otra academia había ocurrido un cambio en el mundo del Derecho que lo justifica: la codificación. La promulgación del *Code civile* francés de 1804 hace realidad la aspiración de los revolucionarios franceses de reducir el Derecho a la Ley y acabar con la arbitrariedad judicial. La Ley, cuya máxima expresión es el *Code*, se concibe como fruto de la razón y aspira a ser perfecta y completa, de forma que no exige interpretación para su aplicación, sino a lo sumo su exégesis por los estudiosos del Derecho. Es esa época, la del apogeo de la Escuela de la Exégesis, que se extiende hasta 1880, y de la que es un claro exponente el informe oficial sobre el estado de la enseñanza de la Facultad de Derecho de París, emitido en 1857 por su decano AUBRY: «Toda la ley, tanto su letra como su espíritu, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desarrollo de las consecuencias que de ello derivan, pero nada más que la ley. Tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón»<sup>12</sup>.

Aunque tanto CAMBACERES, padre de los primeros proyectos, como PORTALIS, en su discurso preliminar, reconocen que la ley nunca podrá abarcar todos los supuestos que la vida práctica nos presenta, por lo que no cabe calificarla de perfecta y completa, la promulgación del *Code*, bajo la influencia de la filosofía inmanentista, desembocó en una exaltación de la obra del legislador: recoger en códigos perfectos el contenido de todo el derecho ideal y racional de la propia disciplina (civil, comercial y penal). En este contexto, el juez vendría a ser un mero aplicador de la ley al caso concreto que se le presenta, a través de una subsunción lógica, ajena a cualquier opción valorativa, de un supuesto fáctico concreto en una premisa normativa, de la que se deduciría la solución al caso a modo de conclusión.

---

<sup>10</sup> El recurso de nulidad tal como se dispuso en el art. 261.9 de la Constitución de Cádiz, respondía a la finalidad de «reponer el proceso, devolviéndolo y hacer efectiva la responsabilidad de los Jueces por la inobservancia de la leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal». No se parece apenas al recurso de casación, sobre todo si se tiene en cuenta que no se exigía al Tribunal Supremo la motivación del fallo, por lo que difícilmente a este respecto podía vincular al tribunal inferior en ulteriores resoluciones.

<sup>11</sup> La *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, t. XX, Barcelona 1910, pp. 703 y ss., cuando aborda la voz «jurisprudencia», después de explicar que en su origen designaba la ciencia del Derecho, advierte que en aquel momento ya había adoptado un significado más propio, relacionado con la interpretación del Derecho por sus aplicadores, sin reservarlo todavía al Tribunal Supremo: la interpretación que la autoridad judicial da ordinariamente a una ley.

<sup>12</sup> PERELMAN, C. *Lógica jurídica y nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 37.



Es cierto que para entonces, 1840, había aflorado en Alemania la Escuela de Histórica de SAVIGNY y su disputa con THIBAUT y, en general, los partidarios de la codificación. Pero este movimiento a través del formalismo histórico-jurídico desembocará en el conceptualismo jurídico (jurisprudencia de conceptos) y la dogmática formalista, con la consiguiente desconexión del Derecho y de la realidad<sup>13</sup>. Uno de sus máximos exponentes, IHERING, será más tarde quien pondrá en evidencia sus limitaciones, tras el punto de inflexión que en su obra supuso su «*Lucha por el Derecho*» (1872), que dio pie a la búsqueda de «*El fin en el Derecho*» («asegurar las condiciones de vida de la sociedad»)<sup>14</sup>. IHERING, en sus «*Bromas y veras de la jurisprudencia*», pondrá en evidencia de forma sarcástica los excesos de conceptualismo a los que había llegado la jurisprudencia de conceptos<sup>15</sup>.

Este conceptualismo jurídico no impidió que, junto a otros movimientos de signo contrario, pudiera aflorar con fuerza el normativismo jurídico en su máxima expresión, el formalismo legal de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, que ha ejercido una gran influencia en la mentalidad jurídica del s. XX. La ciencia del derecho es liberada de todos los elementos ajenos a su esencia, tanto los empréstitos de una ciencia de hechos (la sociología y la psicología), como la influencia de «dogmas» de naturaleza ética o religiosa. La validez de la norma no depende de su contenido ni del fundamento sustantivo de este, sino del modo y manera en que, formalmente, se apoya en una norma fundante (Constitución), que determina quién y cómo puede imponer normas jurídicamente válidas. El Derecho se confunde con el Estado y está constituido por normas coactivas que surgen de actos volitivos dimanantes del escalón competente de la pirámide jurídica que tiene por vértice la Constitución. En la base se encuentra la resolución dictada por quien aplica la norma, quien decide, mediante un acto de voluntad, por una de las posibilidades que le ofrece la interpretación.

En su discurso inaugural del curso 1987-1988 de la Real Academia de Jurisprudencia, que lleva por título «*Ante la teoría pura del derecho*», HERNÁNDEZ GIL advierte que «el positivismo, en todos sus planteamientos, al variar el derecho de contenido intrínseco y prescindir de su conexión con los presupuestos ético-sociales, termina por dejarlo a solas con la coacción. Positividad y coacción vienen, por tanto, a identificarse; o dicho más precisamente, la coacción es el grado máximo de la positividad. De ahí surge la concepción del derecho como el monopolio de la fuerza, una fuerza incruenta, no violenta, autorizada y legitimada por la ley que organiza un orden, lo afirma y lo defiende; pero fuerza, al fin, incluso física, por cuanto sanciona la transgresión y asegura el imperio de las nor-

---

<sup>13</sup> WILHEM, W., *La metodología jurídica en el siglo XIX*, EDESA, Madrid, 1980, pp. 25-32, 57-62, 108-118.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, t. II., Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 8.ª ed., pp. 433-464.

<sup>15</sup> JHERING, R., *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Cívitas, Madrid 1987, pp. 267 y ss.

mas»<sup>16</sup>. Como apostilla VALLET DE GOYTISOLO, Kelsen no se percató de que generalmente vivimos el derecho sin tener presentes imperativos y sanciones, que normalmente discurre movido por la adhesión a lo que creemos justo y necesario para la vida social, familiar, de vecindad, comercial, ciudadana<sup>17</sup>.

A pesar de las reacciones habidas desde diferentes corrientes doctrinales frente a este exceso de formalismo, no impidieron que imperara entre los profesionales del derecho una mentalidad jurídica muy legalista, que determina la percepción de la función judicial. El juez se concebía, y en parte sigue siendo así, como un funcionario más, encargado de aplicar la ley, aséptico y neutral, como quien manipula un material ajeno, con un cariz eminentemente «técnico». A este juez ya no le correspondería la función de decir el derecho (*iuris-dictio*), hablarlo haciéndolo emerger como sentido coexistencial de una situación concreta, sino que sería un mero altavoz que pronuncia las palabras de la ley. Para ello debía, en primer lugar, conocer la ley (acumulando textos hasta hacer de su memoria un nutrido repertorio legislativo), estar en condiciones técnicas de subsumir en sus premisas los casos concretos y ser lo suficientemente honrado para no permitir que nada turbara tan aséptica labor. A lo sumo la interpretación venía dominada por la búsqueda de la *mens legislatoris*<sup>18</sup>. De este modo la independencia que se le exige se equipara a su grado de obediencia al legislador<sup>19</sup>.

3. Frente a ello, en las últimas décadas se hacen más insistentes las voces que tratan de desenmascarar este espejismo de la Ley<sup>20</sup>. En el contexto del derecho continental europeo, después del proceso de Nüremberg, que puso de manifiesto que un Estado y una legislación pueden ser inicuos o incluso criminales, se generó una orientación antipositivista que concede un papel preponderante, en la interpretación y aplicación de la ley, a la búsqueda de una solución que sea no só-

---

<sup>16</sup> Citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 232-234.

<sup>17</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología jurídica...*, p. 234.

<sup>18</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, t. I, Madrid 1959, p. 140, describe este método tradicional, que «veía en la ley la expresión de la voluntad del legislador, y en la interpretación, la rebusca de esta voluntad por todos los índices y señales por donde pudiera manifestarse... Se aplicaban reglas lógicas por donde verosíblemente pudiera subirse a esa voluntad; se inducían los principios o ideas cardinales o concepciones que sirvieron al legislador de guía; se formaban construcciones jurídico-lógicas y abstractas a base de los conceptos deducidos de la naturaleza de las instituciones, que restringían o extendían las normas jurídicas a virtud de los cánones de la hermenéutica tradicional; luego se deducían todas las consecuencias que daban satisfacción o contestación a todas las dudas. Cuando se agotaba la virtualidad de esos principios o construcciones, los intérpretes no vacilaban en sacrificar la vida y sus exigencias a las concepciones estrechas de la ley, dándoles solución contraria a la que demandaban los sentimientos de equidad y de justicia natural».

<sup>19</sup> OLLERO, A. *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, EDERSA, Madrid, 1982, pp. 168-169.

<sup>20</sup> SIMÓN, D., *La independencia del juez*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 73, quien muestra la ligazón entre lo que denomina el petrificado mito de la vinculación a la Ley y el silogismo judicial.

lo conforme a la ley, sino también equitativa, razonable y conciliable con el derecho en vigor<sup>21</sup>.

Entre nosotros, ya en 1951 y por influencia de autores del realismo jurídico norteamericano, PUIG BRUTAU advertía que había que abandonar la ilusión de que en la decisión de las controversias sólo interviene el Derecho emanado de fuentes oficialmente proclamadas y admitidas<sup>22</sup>. Esa decisión o resolución es fruto del arbitrio judicial, empleando el término usado por ALEJANDRO NIETO, sin que ello signifique que el juez pueda decidir con libre arbitrio<sup>23</sup>, sino que la decisión no resulta determinada por la voluntad del legislador. PUIG BRUTAU, al dar contenido a este arbitrio, equipara la misión del juez con la que IHERING atribuyó a la *interpretatio* romana, que no era una simple explicación de la ley sino la conciliación del Derecho con las exigencias de la vida<sup>24</sup>.

Por otra parte, la realidad pone de manifiesto que la labor de enjuiciamiento es una actividad eminentemente valorativa y por ello subjetiva. El juez no se limita a leer un texto legal y aplicarlo mecánicamente, sino que se esfuerza en solucionar un problema<sup>25</sup>. A él le corresponde, además de apreciar los hechos y calificarlos jurídicamente, interpretar el Derecho, que es algo más que la ley, integrar lagunas de la ley, ponderar las consecuencias del fallo y cotejar las valoraciones de la ley con las socialmente vigentes<sup>26</sup>. Esta labor es propia de la razón práctica, también denominada prudencial, de la que, por cierto, desconfiaban los revolucionarios franceses y, en general, el legalismo. Sin esta tarea prudencial, ni los hechos ni las leyes se hacen propiamente jurídicos, ni los principios del derecho llegan a fin práctico alguno.

---

<sup>21</sup> PERELMAN, CH., op. cit. p. 178, para quien la solución buscada no sólo debe poder insertarse en el sistema, sino también revelarse social y moralmente aceptable para las partes y para el público ilustrado.

<sup>22</sup> PUIG BRUTAU, L., *La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Bosch, Barcelona, 2.ª ed., 2006, p. 87: «Quienes creen que los preceptos solemnemente promulgados permiten en todos los casos hacer la reducción de la norma general a los límites de una decisión particular, incurren a nuestro juicio en una ilusión peligrosa por confundir lo que está dispuesto que las cosas sean con lo que ellas, tercamente, se obstinan en ser».

<sup>23</sup> Por contra, para NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona 2000, p. 219, el juez resuelve siguiendo un criterio de legalidad o un criterio de su propio arbitrio, o más comúnmente combinando ambos de tal forma que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. El arbitrio así concebido se asemeja a la discrecionalidad que HART reconoce al Juez en los casos difíciles, en que existe más de una posible solución, para escoger una de ellas (HART, H., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires 1963, p. 164, *apud* RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial. El debate HART-DWORKING*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997, p. 71). Esta concepción obvia cualquier consideración a la prudencia que guiaría la toma de la decisión más justa.

<sup>24</sup> PUIG BRUTAU, L., *La jurisprudencia...*, p. 105.

<sup>25</sup> Sobre todo en los casos difíciles, no es infrecuente que la fuerza de la realidad social, interactuando con el Derecho, condicione unas soluciones de contenido fuertemente creativo inexplicables como simples deducciones de una proposición escrita y en las que en gran medida están presentes las valoraciones más o menos subjetivas del juez (XIOL RÍOS, J. A. «El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *El precedente judicial y otros estudios*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 45).

<sup>26</sup> OLLERO, A. *Interpretación...*, pp. 169-170.

Pero no se trata de auspiciar el judicialismo, que no deja de ser otra suerte de positivismo que sólo considera derecho lo decidido definitiva e inapelablemente por jueces y tribunales cualquiera que sea su contenido. En este sentido, una de las premisas de las que partía el realismo jurídico norteamericano era la primacía de la autoridad judicial en la creación del derecho, basándola en el mero hecho de que sus decisiones prevalecen en la realidad. Para HOLMES, uno de sus máximos exponentes, el derecho no indica otra cosa que la previsión de lo que van a decidir los jueces. Y otros autores, como Jerome FRANK, resaltan la irracionalidad de la resolución judicial, que no dudan en calificar de emotiva, pues se basa en una intuición en la que resulta decisiva la personalidad del juez, su modo de reaccionar y sus prejuicios<sup>27</sup>.

Es cierto que no han faltado tesis judicialistas, en cuanto conciben el Derecho como una realidad judicial, que tratan de superar este positivismo, al apreciar la genuina e imperecedera fuente del Derecho en la «*prudentia iuris*», respecto de la que el resto de fuentes (la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho) son formas de expresarse<sup>28</sup>. Según esta tesis de Álvaro D'ORS, el derecho se produce como la individualización de unos criterios, que llamamos normas, al ser aplicados a los casos concretos que se presentan antes los jueces. Y el origen de estas normas está siempre en una opinión respecto de un caso concreto, que ha servido de antecedente para sentar una doctrina de prudencia jurídica (jurisprudencia) o incluso una ley oficial. Pero estas normas, doctrinales o legales, no tienen realidad para el caso real si el juez —el juez supremo— no las reconoce<sup>29</sup>.

Frente a estas posturas judicialistas, cabe objetar las observaciones formuladas por HERNÁNDEZ GIL en su discurso de inauguración del curso 1982-1983 en la Real Academia de Jurisprudencia: «Lo judicialmente resuelto no agota el ser, la vida ni el concepto del derecho. Los jueces y los tribunales no parten de la nada. Y de la nada partirían si ellos fueron los forjadores exclusivos del dato empírico que habría de tomar en consideración el conocimiento científico. Los jueces y los tribunales disciernen lo justo conforme a derecho. Pero es incomparablemente superior el derecho que se realiza de un modo espontáneo o sin pronunciamientos jurisdiccionales. Hacer pasar el derecho necesariamente por una sentencia, reputándola el medio único de conocerlo y definirlo, es tanto como hacer pasar la salud por el diagnóstico del médico: sólo cuando el médico dice que estoy sano, tengo salud. Pero en cuanto lo ha dicho se crea la incógnita para el futuro»<sup>30</sup>.

Por eso, sin caer en un judicialismo, tan sólo pretendo evitar negar la evidencia, la labor de enjuiciamiento exige del juez una actividad prudencial, y advertir que a la ley no le corresponde garantizar exhaustivamente todas las expec-

---

<sup>27</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología jurídica...*, 257-259.

<sup>28</sup> D'ORS, A., «De la *prudentia iuris* a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Derecho foral», en *Estudios varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, p. 77.

<sup>29</sup> D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, p. 16.

<sup>30</sup> Citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología jurídica*, p. 260.

tativas de justicia del ciudadano, sino enmarcar racionalmente el ámbito de esta actividad prudencial del juez. Las «fuentes del derecho» establecen un *iter* procedimental que obliga a fundamentar peculiarmente la decisión y facilita su control y revisión. Ya no se trata de que se aplique realmente la ley, sino que la decisión del caso tiene que aparecer fundamentada en ella. El derecho deja de ser *ratio* aplicada para convertirse en *decisión prudencial*, racionalmente controlable<sup>31</sup>, a través del cumplimiento de la exigencia constitucional de su motivación (art. 120 CE)<sup>32</sup>. La motivación de las resoluciones judiciales opera como garantía frente al prejuicio y la arbitrariedad, y facilita el control jurisdiccional a través de los recursos, lo que contribuye al fortalecimiento de la necesaria seguridad jurídica<sup>33</sup>.

Es precisamente a esta actividad prudencial del juez, al desarrollar su labor de enjuiciamiento, a la que se refiere el título de este discurso. La *prudencia iuris* constituye una tercera acepción del término jurisprudencia, más cercana al significado etimológico del término: *iuris prudentia*, la prudencia jurídica o, mejor dicho, prudencia de lo justo (*ius-iuris*).

## II

### SIGNIFICADO ETIMOLÓGICO Y ORIGINARIO DE LA *IURIS PRUDENTIA*

4. La prudencia es una virtud moral de la inteligencia que en la antigüedad clásica se identificaba con un saber práctico, saber obrar bien. Este saber prudencial poseía una constitutiva dimensión ética de la que carecían otros saberes, como la ciencia y la técnica. Para ARISTÓTELES, la prudencia («*phronesis*») es una disposición práctica acompañada a la regla verdadera que tiene por objeto lo que es justo, honroso y bueno para el hombre, de tal modo que es imposible ser bueno sin prudencia<sup>34</sup>. Esta noción de prudencia como virtud ética pasó al mundo romano, y así para CICERÓN era la ciencia de las cosas que deben ser evitadas.

---

<sup>31</sup> OLLERO, A. *Interpretación...*, pp. 160 y 175.

<sup>32</sup> Para el Tribunal Constitucional, «ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonable o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre; 55/2003, de 24 de marzo; 223/2005, de 12 de septiembre; 276/2006, de 25 de septiembre; y STC 89/2008, de 21 de julio, entre otras).

<sup>33</sup> Esta exigencia ha pasado, como no podía ser de otro modo, a los Códigos de Ética Judicial, y así el art. 20 del Código Modelo de Ética Judicial, aprobado en la cumbre Iberoamericana de 2006, prescribe que «la obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales».

<sup>34</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Lib. VI, caps. 12 y 13, núms. 1143b, 1144a y 1144b, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.

Pero la prudencia, en ARISTÓTELES, nos remite al personaje del prudente («*phrónimos*»), quien sirve de criterio porque está dotado de una inteligencia crítica. La prudencia no sólo es aquello según lo cual se juzga sino el mismo que juzga, aunque propiamente no se juzga bien más que lo que se conoce bien, y es en ello que se es buen juez. La «regla recta» se encuentra individualizada en la persona del prudente, lo cual parece dar a la prudencia un fundamento existencial: no es tanto la prudencia cuanto el prudente el que es la *recta ratio*, puesto que no hay prudencia sin prudente. Y el prudente es invocado como juez en cuanto que tiene juicio, experiencia, en resumen, un «conocimiento»<sup>35</sup>. El prudente en ARISTÓTELES reúne rasgos cuya asociación hoy día está olvidada: el saber y la incomunicabilidad, el buen sentido y la singularidad, el bien natural y la experiencia adquirida, el sentido teórico y la habilidad práctica, la habilidad y la rectitud, la eficacia y el rigor, la lucidez precavida y el heroísmo, la inspiración y el trabajo<sup>36</sup>.

Por otra parte, ARISTÓTELES se refiere al derecho, más que a la justicia general (*dikaiosuné*)<sup>37</sup>, como a lo justo concreto (*to dikaion*). Las leyes que forman el armazón de la justicia general (escritas o no, naturales o positivas) no son propiamente el derecho (*to dikaion*), sin perjuicio de que le afecten<sup>38</sup>. El derecho así considerado es algo objetivo, no una virtud, y se refiere al justo medio de las cosas. No es la justicia en mí, subjetiva (*dikaios*), sino la justicia fuera de mí, en lo real, objetiva (*dikaion*). No se sitúa en el sujeto sino «en las cosas», lo real externo<sup>39</sup>.

Esta concepción del derecho como lo justo concreto (*to dikaion*) también pasó a Roma (*quod iustum est*), siendo célebre la formulación de PAULO, «lo que siempre es equitativo y bueno», y la posterior de CELSO y ULPIANO, «el arte de lo bueno y de lo justo» (*ius est ars boni et aequi*)<sup>40</sup>. Esta última ilustra el sentido práctico de los romanos, que ahonda la concepción del derecho como arte práctico, encaminado a la búsqueda de lo que en cada caso es más justo.

5. En este contexto, la *iuris prudentia*, en la época clásica del Derecho Romano<sup>41</sup>, no será más que el arte de sugerir lo que hay que conseguir o evitar en el ám-

---

<sup>35</sup> AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, Crítica, Barcelona, 1999, pp. 62-63.

<sup>36</sup> AUBENQUE, P., op. cit., p. 76.

<sup>37</sup> Vendría a ser equivalente a la conformidad de la conducta de un individuo a la ley moral.

<sup>38</sup> VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1979, pp. 71 y ss.

<sup>39</sup> VILLEY, M., *Compendio...*, pp. 84 y ss.

<sup>40</sup> D. 1.1.1pr (DOMINGO, R.-RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, D., op. cit. p.169).

<sup>41</sup> Una vez la administración de justicia y de la ciencia de derecho pasó de manos de los pontífices a la de los pretores, tras la introducción de la pretura (387 a. C.), y sobre todo de la *legis actio per condictionem* (por las leyes *Silvia* y *Calpurnia*) de la que conocía el pretor, que por ser más ventajosa que la *legis actio sacramento* (que en un primer momento debía ejercitarse ante los pontífices), provocó que la jurisdicción de los pontífices fuera decayendo hasta caer en el olvido. La jurisprudencia fue a partir de entonces un arte libre con numerosos discípulos, que podían responder a todas las exigencias de los litigantes que recurrían a sus luces intelectuales. Constituyó durante siglos la actividad favorita de las clases elevadas, que proporcionaba a estos juristas influjo, consi-

bito jurídico. Adviértase que ULPIANO, al definir la «*juris prudentia*» no transporta íntegro al derecho lo que CICERÓN dice para la *prudentia* en general, sino que con la aposición *iusti atque iniusti scientia*, adapta la noción de *prudentia* al derecho<sup>42</sup>.

La *iuris prudentia*, para los romanos, no tiene un fin especulativo, no es una ciencia en el sentido de búsqueda de una verdad objetiva, sino más bien una actividad intelectual dirigida a conseguir lo que es justo y oportuno en la convivencia social<sup>43</sup>. De este modo, el jurisprudente no pretende investigar una verdad objetiva a través de una elaboración lógica, sino alcanzar un resultado práctico, como la actuación de la justicia en la convivencia social: con pleno conocimiento del derecho (*iuris scientia*) y dueño de la compleja vida social (*divinarum atque humanarum rerum notitia*) tiene capacidad de enderezar la actividad humana hacia la justicia<sup>44</sup>.

El *iuris prudente* tampoco es el especialista de un determinado sector de la ciencia; sólo es la persona prudente en el campo del derecho, y la jurisprudencia supone el pleno conocimiento de la vida y de los fines del derecho<sup>45</sup>.

Para D'ORS, la jurisprudencia (doctrina de los prudentes) se muestra así como un saber jurídico, una revelación de una verdad práctica indesligable de la realidad, y la función del prudente es declarar su opinión sobre esa verdad en un asunto litigioso («*respondere*», «*sententiae*»...). En realidad, el juez, el *iuris prudens*, era un particular que gozaba de una especial «*auctoritas*», pero no un funcionario o magistrado con «*potestas*». El magistrado (el pretor de Roma) instruía la instancia, autorizaba el proceso, lo prejuzgaba en cierto modo («*ius dicere*»); y una vez formalizado el litigio en el contrato procesal («*contestatio litis*»), el asunto pasaba al juez privado, que las partes habían nombrado libremente. El juez tenía que recibir las pruebas dispuestas por las partes, si bien conservaba libertad para valorarlas sin tasas ni presunciones fijas, y, finalmente, declaraba su opinión, sin especiales formalidades. Con su opinión («*sententia*»), la «res» quedaba «*iudicata*» (por eso su función se llamaba «*iudicatio*»), y el pretor podía conceder la ejecución<sup>46</sup>.

El jurisprudente gozaba de *auctoritas* para discernir la justicia del caso concreto, por medio de la prudencia. El suyo, como debería ser el del juez actual, no es más que el juicio prudencial aplicado a la resolución de conflictos jurídicos, que ciertamente resulta difícil de encerrar en un protocolo, pues no es tanto cuestión de método como de virtud, de desarrollo de una aptitud intelectual (razón

---

deración, satisfacciones intelectuales y el placer de la actividad práctica y útil. Su actividad no era remunerada, lo que contribuía a que fuera más capaz de rendir homenaje estricto a la verdad. En contrapartida, el jurista recibía honor, consideración, popularidad e influencia (IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 199-2002).

<sup>42</sup> BIONDI, B., *Arte y Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1953, p. 37.

<sup>43</sup> BIONDI, B., op. cit., p. 37.

<sup>44</sup> BIONDI, B., op. cit., p. 91.

<sup>45</sup> BIONDI, B., op. cit., p. 38.

<sup>46</sup> D'ORS, A., *De la «prudentia iuris»...*, pp. 66-69.

práctica). Por eso, detrás de un juez hay que ver siempre al jurisprudente que le inspira.

La jurisprudencia así entendida en la época clásica del Derecho romano no era un sistema plena y exclusivamente lógico, porque pretendía satisfacer las necesidades de la vida, que con sus mudables y complejas exigencias no siempre se sujeta a los rigurosos dictados de las buenas formas lógicas. La vida no se consideraba algo racional, sino como realidad. El derecho no pretendía imponerse a la vida sino adaptarse a ella. De ahí que no tendiera a fosilizar el derecho en un esquema rigurosamente lógico, sino que aproximara el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas. La fina dialéctica de los juristas romanos no se pierde en lo abstracto, sino que tiene la finalidad de llegar a un resultado que parezca justo<sup>47</sup>. Se trata de la búsqueda no de una fórmula teórica, sino de razonamientos que hagan parecer convincente lo que intuitivamente aparece justo, merced a un juicio prudencial.

### III

#### OLVIDO DE LA *PRUDENTIA IURIS*

6. Esta razón práctica, en que consiste la prudencia, es esencialmente una forma de conocimiento práctico y no puede quedar desvinculado de él, como tampoco de su significación ética, a riesgo de que se degrade y desnaturalice, reduciéndose a la condición de mera habilidad o arte al servicio de lo que en cada momento fuese considerado útil. La actualización de este riesgo, ligado más tarde al cientifismo y pragmatismo del mundo moderno, hicieron olvidar este saber prudencial en el derecho de forma paralela a como ocurrió en la moral y en la política<sup>48</sup>.

La desnaturalización de la «*iuris prudentia*», reducida a mera «técnica jurídica», es consecuencia del fenómeno de la burocratización del orden político, a mediados del siglo III d. C., que trajo consigo la monopolización de la jurisprudencia por el Estado: los prudentes desaparecieron para dejar paso a los funcionarios medio especializados (la función del magistrado y del juez se fundieron en una única, los magistrados se hicieron jueces); y, en palabras de D'ORS, «se impuso victoriosamente la técnica, que es cosa al alcance de cualquiera, sobre la prudencia, que es virtud más exquisita»<sup>49</sup>.

Este abandono de la visión de la actividad jurídica concebida como búsqueda prudencial (*juris-prudencia*) de la solución a un problema social se acentuó

---

<sup>47</sup> BIONDI, B., op. cit., pp. 58-59.

<sup>48</sup> MONTORO BALLESTEROS, A., *Verdad, método y conocimiento práctico (sobre las relaciones entre la argumentación y el juicio prudencial)*, Diego Marín librero editor, Murcia, 2008, pp. 46-55.

<sup>49</sup> D'ORS, A., *De la «prudentia iuris»...*, p. 70.



con el nacimiento y desarrollo del Estado moderno<sup>50</sup>, que trajo consigo una justicia y una administración racionalizadas y servidas por funcionarios, y con ellos empieza a prodigarse un saber jurídico puramente empírico, rutinario, limitado a manuales, a extractos legales, a formularios, a instrucciones, a aforismos... En este proceso, los clásicos axiomas o principios jurídicos, formulados en forma de sentencias, aforismos o máximas (*brocarda* o *generalia*) se convirtieron en meras expresiones técnicas o recursos pedagógicos, cuando no en cobertura de la pereza del pensar jurídico y signo de la decadencia de la Ciencia del Derecho, como certeramente denunció DE CASTRO<sup>51</sup>. Y el saber jurídico, la norma próxima de acción ya no es el resultado de un juicio prudencial sino algo que por lo general suele venir de antemano: primero por aquellas sentencias, aforismos y máximas, y luego, con la codificación, por la ley.

La irrupción del voluntarismo en la concepción del derecho también contribuyó a la limitación o exclusión de la prudencia. Mientras que para el pensamiento tradicional el derecho positivo presupone un orden racional y objetivo que le servía de fundamento y lo legitimaba, jugando la prudencia un papel destacado no sólo en la aplicación del derecho a través de la *prudencia iuris* o *iurisprudencia*, sino también en su creación (*determinatio proxima*), el voluntarismo jurídico, que nace de la Baja Edad Media (DUNS SCOTO y DE OCKAHAM) y está en el origen del pensamiento jurídico moderno<sup>52</sup>, supuso el declinar de la prudencia del ámbito jurídico. Para el pensamiento voluntarista, el derecho constituye la expresión de mandato de una voluntad soberana (BODINO, HOBBS) o la expresión de la voluntad general (ROUSSEAU). Y desde estos postulados, el pensamiento racionalista renovó la teoría del Derecho: El Estado es producto de un contrato (acuerdo de voluntades); el contrato, la fuente de obligaciones; el acto jurídico, la manifestación de una voluntad personal productora de efectos jurídicos; la ley, la expresión de la voluntad soberana con independencia de que se entienda que la soberanía reside en el rey, en la nación, en el pueblo o, incluso, en el Estado<sup>53</sup>.

Además, el racionalismo que había sido la guía del Derecho natural clásico en la Edad Moderna desemboca en maximalismo iusnaturalista, que pretendió elaborar deductivamente, more geométrico, un código ideal de principios con va-

---

<sup>50</sup> OLLERO, A. *Interpretación...*, pp. 155-156, quien pone de relieve como: «la atribución de las funciones jurídicas a una autoridad carismática queda relegada a lo prehistórico. El peso de la tradición (con su capacidad de crear asentimiento) y la confianza en la garantía ética de un estamento (por motivos de edad, religiosos, etc.) habían ayudado a legitimar aquella actividad prudencial, pero el ambiente racionalista y cientísta en el que consolida el Estado no concibe que la suerte de la convivencia social repose sobre tan frágiles fundamentos».

<sup>51</sup> DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Parte General, T.I.3.<sup>a</sup>, Editorial de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 480.

<sup>52</sup> VILLEY, M., *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 9.<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 1962, pp. 273-274.

<sup>53</sup> VILLEY, M., *Leçons...*, pp. 272-277.

lidez universal, a los que deberían ajustarse todas las legislaciones particulares. PUFFENDORF aspiraba a presentar el Derecho natural como un sistema lógico y cerrado de verdades de razón. Este intento, tanto por su finalidad (construir un sistema jurídico de carácter lógico-racional, acabado y perfecto) como por su método lógico-deductivo (propio de la razón especulativa y no de la razón práctica), supusieron la expulsión de la prudencia del proceso de obtención de los preceptos del Derecho natural. Y en el ámbito del Derecho positivo, el iusnaturalismo racionalista e inmanentista, por un lado, y el voluntarismo político y jurídico, por otro, condujeron a la codificación y al positivismo jurídico formalista.

7. Al término de este desarrollo, el derecho deja de ser prudencia ética para hacerse actividad científica; deja de ser una función encomendada al ciudadano virtuoso para estatalizarse; pierde su perfil judicial para legalizarse<sup>54</sup>.

El movimiento codificador, en su aspiración de elaborar, según el método lógico-deductivo, un ordenamiento jurídico perfecto desde el punto de vista lógico-formal, al margen de las exigencias y peculiaridades de la realidad social que debía ordenar, no sólo obviaba el juicio prudencial en el momento del alumbramiento de la ley, sino que, además de contribuir a identificar el derecho con la ley, pretendió reducir la aplicación del derecho a un proceso mental también lógico-deductivo, cuya conclusión debía imponerse de modo automático y necesario.

El error de este planteamiento radica en haber trasladado la lógica racional tradicional al campo de los contenidos jurídicos. Es cierto que el derecho tiene una estructura lógica, que cabe un estudio del *a priori* formal de lo jurídico, hallando y declarando la esencia de lo jurídico en general, en términos universales, así como una ontología formal del derecho, esto es, un estudio de la doctrina general de los contenidos jurídicos; correspondiendo tal función a la Teoría General, que utilizará como método el lógico deductivo, el mismo empleado por las llamadas ciencias exactas. Pero también lo es que el derecho no es sólo esa estructura lógica; tiene unos contenidos jurídicos concretos y singulares, para cuyo descubrimiento e interpretación se precisa de una lógica distinta de la tradicional o de la razón, se necesita una lógica humana o de lo razonable, como la calificaba RECASENS SICHES<sup>55</sup>. Para este autor, el fracaso de la aplicación de la lógica formal a la interpretación jurídica radica, de una parte, en la manía de lo general que impide ponderar los elementos relevantes en cada caso concreto, e impide también crear la norma individualizada que sea la pertinente; y, de otra parte, en que esta lógica formal no contiene puntos de vista axiológicos ni las armazones adecuadas para la conexión entre fines y medios.

---

<sup>54</sup> OLLERO, A. *Interpretación...*, p. 156.

<sup>55</sup> RECASENS SICHES, L., *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1970, pp. 251 y ss.

## IV

### DIALÉCTICA ARISTOTÉLICA Y PENSAMIENTO APORÉTICO

8. En realidad, el acceso a este saber práctico, relativo a lo que es más justo en cada caso, es el resultado de un proceso de construcción racional, que se acomoda mejor a la lógica de la dialéctica aristotélica que al razonamiento lógico deductivo. PERELMAN llama la atención de que ARISTÓTELES en su tratado de lógica (*Organum*) distinguió unos razonamientos analíticos y otros dialécticos. Los primeros son aquellos que parten de unas premisas necesarias o, por lo menos, indiscutiblemente verdaderas y conducen, gracias a inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas; mientras que los dialécticos no se dirigen a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias, tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer a través del discurso, de criticar las tesis de los adversarios y de defender y justificar las propias con la ayuda de argumentos más o menos sólidos. La dialéctica o arte de la discusión se presenta como el método más adecuado para alcanzar una solución de una controversia jurídica, que sea equitativa, razonable y ejemplar<sup>56</sup>.

Parte de premisas inciertas o probables (controversia jurídica); existe un contraste de opiniones ante un auditorio cualificado, de expertos en derecho; y la discusión se lleva a cabo a través de razonamientos rigurosos, incluyendo en algunos momentos los razonamientos deductivos. Este razonamiento dialéctico ocupa un lugar intermedio entre el discurso científico (analítico) y el retórico, pues pretende alcanzar una conclusión válida, aunque no tenga carácter demostrativo sino meramente probable, y al mismo tiempo persuadir sobre la validez de la conclusión.

Dentro de la dialéctica aristotélica, se encuentra la tópica o arte de la discusión, que da pie al pensamiento aporético o sobre problemas, que se desarrolló sobre todo por la jurisprudencia romana, y que ha sido rescatado por VIEHWEG en su célebre «*Tópica y jurisprudencia*», hace ya más de medio siglo. Se trata de, planteado un problema o una controversia concreta, alcanzar conclusiones correctas a partir de opiniones que parecen acreditadas con arreglo a una opinión acreditada.

La dialéctica no abandona la inducción y el silogismo como modos de fundamentación, sino que además emplea otros que contribuyen a encontrar las conclusiones más adecuadas: a) el descubrimiento y la captura de las premisas o proposiciones iniciales; b) la diferenciación de la plurivocidad existentes entre las expresiones lingüísticas o distinción de las diversas denominaciones de las cosas y la diferenciación de las distintas categorías; c) el descubrimiento de las diferencias

---

<sup>56</sup> PERELMAN, CH. op. cit., pp. 136-137.

de géneros y tipos; y d) el descubrimiento de analogías o semejanzas en los diferentes géneros (Top. I, 13-18)<sup>57</sup>. Estas conclusiones dialécticas y retóricas alcanzadas pueden alumbrar *topoi* (tópicos), que para ARISTÓTELES son puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad<sup>58</sup>. Este fue el método empleado por los juristas romanos, se planteaban un problema y trataban de encontrar argumentos que permitieran alumbrar una solución (*ponere causam, disputatio, conclusio*).

9. Por esta vía, la tópica jurídica colecciona puntos de vista y los comprende en catálogos, que no están dominados por un nexo deductivo, lo que permite que puedan ser ampliados y completados sin dificultad. Una de estas colecciones es el *ius civile*, en el que encontramos proposiciones directivas que se emplean como tópicos, y que constituyen los frutos de esta actividad jurisprudencial, sin que quepa apreciar un propósito sistemático. Aunque algunas de estas proposiciones se entienden por sí mismas, y gozan de un carácter axiológico, lo que ha favorecido su recepción en los ordenamientos jurídicos civiles, la mayoría se justifican dialécticamente y se legitiman por la «*auctoritas*» de donde emanan<sup>59</sup>.

Cabría resumir, como hace VILLEY, este modo «cuasi dialéctico» del razonamiento jurídico clásico, así:

- 1.º Se trata de buscar opiniones ordenándolas, jerarquizándolas, buscando sus lugares comunes o *topoi*;
- 2.º Hay que razonar a partir de ellos, confrontar unos y otros, resolver las contradicciones que sean conciliables;
- 3.º Ello llevará a definir, plantear el problema, «*ponere casum*», precisar las causas y las cuestiones a solucionar;
- 4.º Refutar las opiniones equivocadas o llegar a una conciliación de las tesis en conflicto, mediante el análisis semántico o de distinciones (*diaeresis, partitio differentia*);
- 5.º Llegar a las conclusiones o soluciones, a través de formular la *deffinitio* o la *regula* correspondiente<sup>60</sup>.

VICO, en el s. XVI, en el momento en que cobraba fuerza la aplicación del método lógico deductivo, operante *more geométrico* desde un *primum vero* indiscutible, ya advirtió su improcedencia fuera de las ciencias naturales, optando por la tópica. Pero para este autor no se trataba de catalogar lugares comunes ni máximas o apotegmas jurídicos, sino de algo más importante, asegurarse de la realidad com-

---

<sup>57</sup> VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1962, pp. 41-42.

<sup>58</sup> VIEHWEG, T., *op. cit.* p. 43.

<sup>59</sup> VIEHWEG, T., *op. cit.* pp. 78-86.

<sup>60</sup> VILLEY, M., *Filosofía del Derecho*, Scire Universitaria, Barcelona 2003, pp. 180-184.

pleta de una cosa, tanto en sí misma como con relación a todas las consecuencias que de ella pueden derivarse, a fin de juzgar bien después lo que es justo<sup>61</sup>.

A estos efectos, nuestro interés por la tónica jurídica radica, fundamentalmente, en que se orienta hacia el problema y constituye una técnica del pensamiento aporético (el término *aporía* designa una cuestión que es acuciante e ineludible), y por ello puede acomodarse mejor a la labor de enjuiciamiento que realiza un juez civil cuando trata de resolver una controversia entre particulares. El modo de consecución de la verdad práctica que supone la sentencia que resuelve una controversia jurídica, participa de la lógica dialéctica, en cuanto que surge de la contraposición de alegaciones y pretensiones, a través del proceso que sirve de cauce para ello.

Para el pensamiento aporético, el problema sería toda cuestión (en nuestro caso controversia jurídica), que aparentemente permite más de una respuesta (representadas por las posiciones de las partes en un proceso civil) y que requiere necesariamente de un entendimiento preliminar, conforme al cual hay que buscar una única respuesta como solución. Las alegaciones de una y otra parte permitirían formular adecuadamente el problema (lo que sería la determinación de la controversia u objeto litigioso), que introducimos en una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas (mediante la calificación jurídica de los hechos relevantes y la determinación de las reglas jurídicas aplicables), lo que constituiría el sistema en el cual se inordena el problema y que contribuye a encontrar la solución<sup>62</sup>.

**10.** Pero la posición del juez actual no es la misma que la del jurista romano, por diversas razones: sin perjuicio del desarrollo de la prudencia, su legitimación es constitucional, y está sometido al imperio de la ley (art. 117 CE); opera en un ordenamiento jurídico muy normativizado, que arrastra un cúmulo considerable de resoluciones judiciales y se encuentra envuelto, en la mayoría de los casos, por un estudio doctrinal de los autores que contribuye no sólo al conocimiento sino también a la propia formación de la ciencia del derecho. En este contexto, se muestran especialmente luminosas algunas de las objeciones que LARENZ formula a la tónica de VIEHWEG en relación con la función del juez. Su misión no es realizar «inmediatamente» la justicia, sino que tiene que alcanzar una resolución que, en primer lugar, esté de acuerdo con las reglas —y con los principios de valoración en ellas subyacentes— del derecho positivo, así como con las pautas por este reconocidas y con las concretizaciones de estas pautas ya contenidas en sentencias judiciales comparables; en segundo lugar, para que así su fallo, además de «acertado», sea «justo», es decir «recto», en la más amplia acep-

---

<sup>61</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., op. cit., p. 202.

<sup>62</sup> VIEHWEG, T., op. cit. p. 55.

ción de esta palabra, el juez «precisa de una ciencia del derecho, que no sólo le proporcione las reglas y las normas de decisión particulares, sino que también le esclarezca las valoraciones a ellas subyacentes, así como las relaciones, grados, dependencias y limitaciones recíprocas, y la armonía de los principios jurídicos, instituciones jurídicas y regulaciones»<sup>63</sup>.

Esta concepción de la labor judicial constituye la tercera fase en la evolución de la ideología judicial descrita por PERELMAN<sup>64</sup>. En la primera, antes de la Revolución Francesa, el razonamiento judicial pone el acento sobre el carácter justo de la solución y apenas concede importancia a la motivación, aunque estaba ligado por la regla de justicia que exige el trato igual de casos esencialmente similares. Después de la Revolución Francesa, y durante más de un siglo, al colocarse en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento. Y en la tercera, asistimos a una reacción que confía al juez la misión de buscar, para cada litigio particular, una solución equitativa y razonable, aunque demandándole que se mantenga, para llegar a ello, dentro de los límites que su sistema de derecho le autoriza a hacer. Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley, se le permite flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los principios generales del derecho y por la toma en consideración de tópicos jurídicos.

## V

### CARÁCTER EMINENTEMENTE VALORATIVO DEL ENJUICIAMIENTO

**11.** Resulta muy difícil conocer el **proceso mental seguido por el juez a la hora de juzgar** y, desde luego, la mayor parte de las veces no coincide con la motivación vertida en la sentencia. No obstante, aunque tiene un carácter global y unitario, podemos distinguir varias fases: la constatación de los hechos y su calificación jurídica, la búsqueda de la regla jurídica aplicable (de origen convencional, legal o jurisprudencial) y la conclusión o fallo. Se trata de aspectos varios e inseparables, indisolublemente unidos de modo recíproco: ordinariamente el juez, al leer los escritos de alegaciones de las partes (demanda y contestación), califica jurídicamente los hechos relevantes (sin perjuicio de que sean más o menos controvertidos y por lo tanto estén necesitados de la práctica de prueba) en función de las pretensiones ejercitadas, y a la vez que ciñe la cuestión litigiosa, ineludiblemente se forma una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción

---

<sup>63</sup> LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 156.

<sup>64</sup> PERELMAN, CH. op. cit., pp. 178-179, resalta cómo esta nueva concepción «acrecienta la importancia del derecho pretorio y hace del juez el auxiliar y el complemento indispensable del legislador e, inevitablemente, aproxima la concepción continental del derecho a la concepción anglosajona regida por la tradición del *Common Law*».

sobre lo que es justo respecto de este. Bajo este «prejuicio» practica y valora la prueba, a la vez que indaga en la regla jurídica aplicable, lo que contribuye a confirmar, modificar o cambiar radicalmente aquella primera conclusión<sup>65</sup>.

Pero este enjuiciamiento, contrariamente a cómo ordinariamente se nos presenta en la fundamentación jurídica de las sentencias, no responde tanto a un juicio discursivo, como a un pensamiento analógico. Partimos de resoluciones dadas a casos anteriores respecto de los que tenemos una convicción fuerte de cuál es la solución más justa y la aplicamos a un caso similar, que guarda identidad de razón. En la mayoría de los casos fáciles, existe una norma o unos precedentes judiciales que dan una determinada e inequívoca solución, de tal forma que guiado por la razón de justicia que encierra el principio de igualdad<sup>66</sup>, el juez resuelve del mismo modo o de forma parecida en función de la identidad de razón entre ambos casos<sup>67</sup>. En estos casos fáciles esta forma de pensamiento analógico se presenta bajo la apariencia de un juicio de inferencia propio de un silogismo. Es en los casos difíciles, bien por anomía, bien porque la realidad no guarda estrecha relación con los supuestos regulados legalmente o juzgados previamente, o bien por las consecuencias absurdas sugeridas por el precedente más próximo, cuando la analogía opera de forma más evidente. Aunque el funcionamiento de este razonamiento analógico tiene un claro aspecto lógico, en realidad, la determinación de la similitud que permite pasar de un caso a su análogo, obedece a un razonamiento dialéctico, fundado sobre juicios de valor<sup>68</sup>.

En cualquier caso, la motivación es posterior y difícilmente puede reproducir el *iter* mental seguido por el juez, sin perjuicio de que en alguna ocasión su-

---

<sup>65</sup> Como puso de relieve ESSER, J., la «precomprensión» posibilita al juez una determinada conjetura de sentido respecto de la comprensión de la norma y de la decisión adjudicable, a la vez que el logro experimental de tales precomprensiones y una actuación eficaz sobre las posibilidades de evidencia en la valoración predogmática, permiten la formación de una convicción de rectitud en el juzgador, anticipando el resultado y dirigiendo la concordancia con la ideología normativa a que debe obediencia, plasmada en la compatibilidad de la decisión obtenida con el sistema del derecho positivo, así como dirigiendo también la elección del método interpretativo adecuado a la obtención del resultado (DOMÍNGUEZ L.M.<sup>a</sup>, *Significado normativo de la jurisprudencia, ¿ciencia del derecho o decisión judicial?*, vol. I, Centro de Publicaciones Sercretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 21).

<sup>66</sup> Del mismo modo que el legislador discrimina cuando no fundamenta objetiva y razonadamente una desigualdad incluida en su norma, el juez discrimina cuando, al decidir un caso, se aparta sin fundamento de lo que tenía por norma (OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 67). En este contexto del carácter vinculante del precedente judicial, el sistema de recursos no sólo opera como garantía del correcto funcionamiento del sistema judicial (evitar errores), sino como garantía de igualdad de tratamiento de todos ante los jueces y tribunales (XIOL RÍOS, J.A., op. cit., p. 48).

<sup>67</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional ha recordado que el tribunal ha de tener en cuenta sus propios precedentes, para evitar que la resolución aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a los casos anteriores resueltos de un modo diverso (SSTC 48/1987, de 22 de abril).

<sup>68</sup> LEGAZ LACAMBRA, L., «El razonamiento por analogía», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 69, 1983, p. 18.

ponga una reconsideración del caso, cuando menos de la (ir)razonabilidad de la solución alcanzada, y propicie así su modificación<sup>69</sup>.

12. Juzgar es, pues, una labor eminentemente valorativa, sobre todo en los denominados casos difíciles. La **búsqueda de la regla jurídica aplicable**, además de estar ligada a la concreción de los hechos relevantes y a su acreditación, encierra numerosos juicios de valor, que presumen el conocimiento de las leyes y demás normas jurídicas que regulan la materia<sup>70</sup>, y pueden referirse a: la apreciación de la existencia y alcance de un acuerdo de voluntades que constituya ley para las partes; el carácter imperativo o potestativo de la norma legal; la discusión acerca de su interpretación (gramatical, lógica, sistemática y finalista), sobre todo cuando se precise desentrañar la *mens legis*<sup>71</sup>; la resolución de las contradicciones entre leyes o de la ambigüedad de la norma; y la forma de salvar las lagunas de la ley.

A la vez, las controversias que giran en torno a instituciones jurídicas de derecho privado, cuya configuración legal tiende a ser una combinación de lo que son en la realidad y de lo que se pretende que sean, a la par que viene marcada por un cierto conceptualismo jurídico, exigen del juez apreciar y ponderar los criterios axiológicos que subyacen a esa regulación normativa y la naturaleza de la propia institución.

Partir de la lógica suposición de que la ley quiere ser justa, obliga a descartar en su interpretación aquellos sentidos que conducirían a un resultado inicuo<sup>72</sup>, a ello nos guía la equidad a través de una interpretación lógica o teleológica, que permita indagar el verdadero sentido de la norma<sup>73</sup>. Tomando como punto de parti-

---

<sup>69</sup> MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 2003, p. 270, admite que ordinariamente las razones subjetivas que guían al juez a resolver en un determinado sentido no sean las que se muestran en la motivación de su sentencia; pero, al mismo tiempo, llama la atención de que muchos jueces han asumido el compromiso consigo mismos de tratar de dar la mejor justificación posible a su decisión. Y para ello la razón práctica atiende tanto a argumentos consecuencialistas como a las exigencias lógicas de coherencia y consistencia.

<sup>70</sup> En realidad, como se ha encargado de resaltar GADAMER, H. G., *Verdad y método*, 9.ª ed., Sígueme, Salamanca, 2001, pp. 378-379, 401 y 414, en la tarea de buscar y aplicar la norma jurídica, la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es una forma explícita de comprensión. Y así, este autor concluye el análisis paradigmático de la hermenéutica jurídica afirmando que «la aplicación no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma, a un caso concreto; es más bien la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros. La comprensión es una forma de efecto, y se sabe a sí misma como efectual».

<sup>71</sup> De hecho en esto consiste la interpretación de una norma jurídica, en «esclarecer su sentido, y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica, y, por tanto, también para la resolución judicial» (ENNECERUS, L. *Tratado de Derecho civil*, traducción de la 39.ª ed. alemana, por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, t. I, vol. 1.º, Bosch, Barcelona 1934, pp. 202 y ss.).

<sup>72</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Reus, Madrid, 1953, p. 105.

<sup>73</sup> Pero sin necesidad de llegar a los límites a los que lo llevaba Francisco SUÁREZ, al afirmar que «cuando la propiedad de las palabras indujere injusticia y otro absurdo parecido acerca de la



da el texto de la norma, se busca el pensamiento contenido en él o el sentido que le marque la finalidad perseguida por ella<sup>74</sup>. Por ello DE CASTRO advierte que «el fin de las leyes no puede considerarse un simple dato para la interpretación, pues constituye su objeto; basta descubrirlo para tener el verdadero conocimiento de ellas»; y recuerda que esta actitud no es ajena a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en esta labor de hermenéutica recuerda que ha de atenderse «al fin concreto de cada disposición (“indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad”), evitar se desvirtúe o defraude su sentido y no olvidar “el fin supremo de la Justicia, al que la disposición legal debe, ante todo, responder”»<sup>75</sup>.

Para encontrar este verdadero sentido de la norma, es necesario profundizar en las raíces de la institución, es menester ahondar en las relaciones de la vida y en sus condiciones y exigencias económicas y sociales, pues a ellas viene a dar satisfacción. La *occasio legis* es la circunstancia histórica que sirvió de motivo y pretexto para la publicación de la ley, y es también un índice para descubrir el fin y el ámbito de la misma<sup>76</sup>. Así pues la ley no es sólo un mandato del legislador, sino que contiene a su vez un juicio de valor acerca del conflicto jurídico que regula y resuelve. Suele ser, además, el resultado de una larga evolución histórica, de la que ordinariamente no se puede desprender. La historia remota o la próxima suministra ya las líneas esenciales del pensamiento del legislador acerca de cada institución, ya la clave de muchos preceptos, cuyo enunciado es, en sí, confuso o incluso claramente contrario al propósito de su redactor<sup>77</sup>. De ahí que, en la interpretación jurídica, tampoco se pueda prescindir de tomar en consideración cómo fue pensada la norma en su origen y cómo los tipos de intereses en juego fueron valorados y coordinados<sup>78</sup>. Pero sin perder de vista que, en esta tarea interpretativa, se trata tanto de reconstruir el sentido original del contenido de la

---

mente del legislador, se ha de llevar las palabras a su sentido aun impropio, en el cual la ley sea justa y razonable, porque se presume que es esta la mente del legislador» (SUÁREZ, F. en *Tratado de las leyes*, Reus, Madrid, 1918, t. VI, p. 21, citado por CASTÁN, J., *La formulación judicial...*, p. 106).

<sup>74</sup> Como apunta CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones...* p. 145, «toda disposición de Derecho tiene un fin que actuar, y debe entenderse en el sentido que mejor responda a ese fin; la ley al respecto de la *ratio iuris* está en la relación que el medio al fin, y el que quiere el fin quiere también los medios».

<sup>75</sup> DE CASTRO, F., *Compendio de Derecho civil; Introducción y Derecho de la persona*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid 1970, p. 107. A esta misma conclusión llega Díez Picazo, *La interpretación de la Ley*, pp. 732-733, aclarando que la interpretación acomodada al fin de la Ley «sería, por así decirlo, la interpretación correcta, pero no se trataría entonces tanto de un medio o de un elemento puesto en juego para la interpretación, cuanto del objetivo y finalidad de la misma, a cuya consecuencia han de coadyuvar los verdaderos medios interpretativos».

<sup>76</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones...*, pp. 145-146.

<sup>77</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Parte general I, Librería Bosch, Barcelona, 1974, p. 81.

<sup>78</sup> BETTI, E., *La interpretación de las Leyes y actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1975, p. 114. Como recuerda GADAMER, G., op. cit., p. 399, en esta labor hermenéutica, el pasado es entendido en su continuidad con el presente, el jurista intenta realizar la pervivencia del derecho como un *continuum* y salvaguardar la tradición de la idea jurídica.

norma legal como de ponerlo en consonancia con la actualidad presente de la vida, atribuyéndole un significado adecuado a la realidad social del momento en que es aplicada (art. 3.1 CC)<sup>79</sup>.

13. Por otra parte, la **constatación de la premisa fáctica** también envuelve operaciones valorativas o juicios estimativos: de una parte, la propia valoración de todos los elementos de prueba y, de otra, la calificación de los hechos, ya que unos mismos hechos pueden ser susceptibles de diferentes calificaciones jurídicas, según la estimación que se haga de sus componentes.

Advierte DIEZ PICAZO que los hechos objeto de enjuiciamiento no constituyen una experiencia personal del juez, sino una serie de afirmaciones o de negaciones, que son objeto de alegación escrita u oral por las partes. En la comunicación de esta historia de sucesos pretéritos, cada parte introduce los criterios valorativos propios de quien realiza la transmisión, junto con elementos literarios que pueden ser, consciente o inconscientemente, producto de la imaginación. Ello obliga al juez a comprobar, mediante la práctica y valoración de la prueba, la existencia histórica del acontecer concreto y sus elementos componentes o circunstancias, separando los hechos frente a las afirmaciones valorativas y frente a los componentes de ficción. Se trata, en definitiva, de comprobar si los hechos se produjeron efectivamente o no, y cómo fueron en la realidad estos hechos<sup>80</sup>.

Pero esta historia interesa en la medida en que tenga relevancia jurídica en relación con las pretensiones de cada una de las partes, razón por la cual, mediante un proceso de decantación, el juez va confeccionando el caso jurídico, al despojarle de todos los hechos y circunstancias irrelevantes en atención al problema jurídico que se plantea<sup>81</sup>. Ello supone una labor de calificación jurídica, que no puede hacerse sin tener en consideración el sentido de la norma o normas cuya aplicación se ponga en cuestión y el sentido que puedan tener las pretensiones mantenidas por los interesados<sup>82</sup>. Aunque sea la norma la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar los hechos que asumen relevancia específica para su aplicación, la actividad mediante la que instituye la

---

<sup>79</sup> GADAMER, G., op. cit., pp. 400-401, en la adecuación de la ley transmitida a las necesidades del presente, el juez, al comprender e interpretar la norma, conoce y reconoce un sentido vigente. Para ello intenta reconocer el significado de la ley, no tanto el significado histórico de su promulgación, o unos casos cualesquiera de su aplicación. No se comporta como un historiador, pero sí se ocupa de su propia historia que es su propio presente.

<sup>80</sup> DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 214-216.

<sup>81</sup> Para TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 91, en el proceso, la identificación de los que hay que establecer la verdad se realiza sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica.

<sup>82</sup> DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, pp. 216-217.

correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión y se identifica el hecho jurídicamente relevante que escapa al esquema silogístico<sup>83</sup>.

Para TARUFFO, una de las formas más importantes de individualizar el hecho por parte de las normas consiste en la «identificación valorativa» del hecho, y la más elemental es no configurarlo como jurídicamente relevante en sí mismo, sino sólo en la medida en que se sitúe en un contexto —determinado o indeterminado— de valores. La relevancia jurídica del hecho dependerá esencialmente de su valoración, como sucede cuando se habla de «grave daño», de «justa causa», de «conducta reprobable», de «administración incorrecta»... El tipo de valoración al que las normas hacen referencia determina las características (o, al menos, algunas de ellas) que el hecho probado debe tener para que la norma sea aplicable, pero no la valoración concreta que será determinada por el juez sobre los hechos determinados según los parámetros valorativos que el propio juez escoja<sup>84</sup>.

No es posible, pues, deslindar la «*quaestio facti*» de la «*quaestio iuris*», porque al interpretar la primera se lleva a cabo, ordinariamente, una operación de valoración jurídica, de la misma manera que al interpretar la norma no pueden perderse de vista los hechos<sup>85</sup>.

14. Esta actividad valorativa del juez aflora de forma más evidente cuando el ordenamiento jurídico le encomienda juzgar acudiendo a **criterios axiológicos**. Me refiero no sólo al empleo de instituciones jurídicas como la buena fe (art. 7.1 CC), el abuso de derecho (art. 7.2 CC) y el fraude de ley (art. 6.4 CC), para evitar que un mero y formal juicio de inferencia pueda amparar una solución injusta, sino también a las reglas legales que para su aplicación directamente apelan a un criterio valorativo. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la competencia desleal, con el actual art. 4 LCD (antiguo art. 5)<sup>86</sup>, que «*reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*», sin que se trate de una cláusula general sino de un tipo concreto e independiente del resto de conductas tipificadas en los artículos siguientes<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> TARUFFO, M., *La prueba...*, pp. 97-101. Esta compleja operación de individualización de los hechos que constituyen el objeto específico de la decisión, supone la «construcción del caso», en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y control del análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones.

<sup>84</sup> TARUFFO, M., *La prueba...*, pp. 128 y ss.

<sup>85</sup> DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, p. 217.

<sup>86</sup> De acuerdo con la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30-XII, que traspone al derecho español las Directivas CE 2005/29, de 11-V-2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la CE 2006/114/CE, de 12-XII-2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

<sup>87</sup> SSTs 22-II-2006 (Roj: STS 933/2006); 24-XI-2006 (Roj: STS 7599/2006); 3-VII-2008 (Roj: STS 3958/2008); 8-VII-2008 (Roj: STS 3634/2008); 15-XII-2008 (Roj: STS 6676/2008); 8-X-2009 (Roj: STS 6171/2009).

En ocasiones la valoración es más técnica, por ejemplo: la apreciación de si un diseño industrial tiene a la vez la condición de obra artística para reconocerle la protección complementaria que le dispensa la Ley de Propiedad Intelectual<sup>88</sup>; la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía, para precisar el alcance legal de su protección, atendiendo a si refleja o no la impronta personal de su autor<sup>89</sup>; la apreciación de si un determinado uso descriptivo de una marca registrada por otro lo ha sido conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial, para que constituya un límite al *ius prohibendi* que el art. 34.2 LM confiere a su titular (art. 37 LM)<sup>90</sup>; el juicio de confusión marcaría, que debe hacerse atendiendo a la impresión general que provoca el signo en un consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz (arts. 6.2 y 34.2.b LM)<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> La protección que la Ley de Diseño Industrial (LDI) confiere al diseño industrial es «*independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual*» [disp. ad. 10.ª LDI, en relación con los arts. 3.2 y 10.1.e) TRLPI (Ley de Propiedad Intelectual)].

<sup>89</sup> La Ley de Propiedad Intelectual, de acuerdo con la Directiva comunitaria 93/98/CEE, de armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, dispensa una protección distinta según se trate de una mera fotografía (art. 128 TRLPI) o una obra fotográfica (art. 10.1.h TRLPI): el plazo de duración de los derechos patrimoniales (reproducción, distribución y comunicación pública) en el caso de las meras fotografías se reduce a 25 años, mientras que en el caso de las obras fotográficas dura la vida del autor y 70 años después de su muerte. El criterio para distinguir la obra fotográfica y la mera fotografía es un grado de originalidad que, conforme al Considerando 17 de la Directiva y el Convenio de Berna al que se remite, debemos entender que concurre cuando la fotografía «*constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad*». Esta exigencia de que la fotografía constituya «una creación intelectual del autor que refleje su personalidad», va más allá de una originalidad subjetiva, exigiendo un grado de originalidad objetiva en la obra, que suponga algo más que una mera representación de la realidad.

<sup>90</sup> Según el art. 37 LM (Ley de Marcas), que recoge literalmente el contenido del art. 6.1 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21-XII-1988, Primera Directiva de marcas, el derecho conferido por la marca no permite a su titular prohibir a terceros el uso en el tráfico económico conforme a los usos leales industriales o comerciales de su nombre y de su dirección; de indicaciones relativas a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica, época de obtención del producto o de prestación del servicio u otras características de estos; o de la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios. Pero para poder utilizar las menciones anteriores en el tráfico económico se exige que dicho uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Se trata de una plasmación del principio general de *buena fe* derivado del Derecho civil (art. 7.1 CC) y de la legislación de competencia desleal (art. 4 LCD). La buena fe se interpreta en sentido objetivo, a pesar de que el término «prácticas leales en materia industrial o comercial» tenga reminiscencias del modelo de regulación profesional de competencia desleal.

<sup>91</sup> Este es el criterio que sigue el Tribunal de Justicia de Unión Europea para determinar el punto de vista desde que se debe realizar la valoración global de los signos confrontados. Como recuerda la STJCE 3-IX-2009 (C-498/07, La Española/Carbonel), con cita de otras anteriores (SSTJCE 11-XI-1997, C-251/95 Sabel/Puma; y 22-VI-199, C-342/97 Lloyd), «la percepción de las marcas que tiene el consumidor medio de la categoría de productos o servicios de que se trate tiene una importancia determinante en la apreciación global del riesgo de confusión, y, a los efectos de esta apreciación global, se supone que el consumidor medio es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pero su grado de atención puede variar en función de la categoría de productos o servicios de que se trate».

No faltan los casos en que se atribuye al juez la realización de un juicio de valor que atienda como criterio de resolución al «interés» de alguien, así ocurre con la autorización de esterilización de personas con discapacidad, que el art. 156 CP prescribe sea resuelta por el juez con arreglo al «*mayor interés del incapaz*». Este último ejemplo es paradigmático de cómo el ordenamiento jurídico con frecuencia reside en el control de la arbitrariedad en un procedimiento institucionalizado (en este caso, se exigen los informes de dos especialistas, la exploración judicial y el dictamen del Ministerio Fiscal), que se supone debe facilitar, aunque no determinar, la valoración judicial de los intereses y derechos en conflicto<sup>92</sup>.

El enjuiciamiento, al margen del juego de las reglas/principios, está sujeto a procedimientos institucionalizados que además de preservar el juicio justo tratan de asegurar la razonabilidad de los razonamientos y sus resultados. Pero esta razonabilidad procedimental con que ALEXY concibe la razón práctica<sup>93</sup> es insuficiente, pues en mayor o menor medida se ve superada por un elemento de voluntad, *ex auctoritate*, que no será arbitraria en la medida en que esté guiada por la prudencia.

## VI

### EL JUICIO JUSTO PRESUPUESTO DEL JUICIO PRUDENCIAL

**15.** El **proceso judicial civil**, a través del cual se encauza la resolución de las controversias entre particulares, constituye en su estructura y forma la **institucionalización del juicio prudencial**, cuyos elementos intelectual y volitivo se hacen patentes en las diferentes fases del proceso: cognición (alegaciones de las partes y vista del juicio), valoración (conclusiones) y decisión (sentencia).

La sentencia, no tanto como documento escrito en el que el juez o tribunal vierte el contenido de su decisión y los motivos que la justifican, sino como el juicio o enjuiciamiento que entraña, compendia la labor prudencial del juez en cada caso. Ello se pone en evidencia sobre todo cuando se trata de un tribunal colegiado, en el que la sentencia es fruto de un acuerdo común sobre el sentido de la decisión y su justificación, si bien la redacción de la motivación corresponde al ponente. La necesidad y la manera de conformar una voluntad colegiada pone en evidencia con más claridad que la sentencia es obra de un juicio prudencial, en el que apreciamos tanto el estudio del caso (con todos sus elementos jurídicos y

---

<sup>92</sup> Para la STC 215/1994, de 19 de julio, la autorización queda supeditada a un «*juicio de justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre la integridad corporal*». Y esta justificación «*únicamente puede residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña*».

<sup>93</sup> ALEXY, R. «Sistema jurídico y razón práctica», en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 172 y ss.

fácticos), como sobre todo la discusión y la deliberación, en la que juega un papel primordial la lógica de la persuasión o de lo razonable, para mostrar al resto de los miembros del tribunal la razonabilidad de una determinada observación o razonamiento. Presupone tanto por el ponente, como por el resto de los miembros del tribunal, una gran humildad, representada por el amor a la verdad (lo más justo), y honradez, para: por una parte, mostrar en la deliberación no sólo los puntos más fuertes de la argumentación sino también los más débiles, sin necesidad de que sean puestos de manifiesto por el resto de los miembros del tribunal, que con frecuencia carecen de un conocimiento más detallado de los hechos y la prueba practicada; y por otra, abrirse a la verdad y razonabilidad de las otras opiniones. Es por ello que cuando se realiza bajo estas condiciones, el juicio es más prudencial y se acerca mejor a la decisión más justa.

16. Pero para que haya sentencia y esta pueda llegar a ser la consecuencia de un juicio prudencial, es preciso que exista un **proceso contradictorio**, que asegure la audiencia en derecho a cada parte, pues sin él no puede haber un juicio justo y, por ende, la decisión no será prudencial.

El principio de audiencia responde al aforismo romano *audiatur et altera pars*. Conforme al mismo, Séneca llega a afirmar que «el que estatuyera algo sin oír a la otra parte, aunque estatuyera algo justo, no es justo» (*qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*)<sup>94</sup>.

En la actualidad, también aparece recogido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que consagra el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal imparcial e independiente, y en términos parecidos en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 y en el art. 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 346/01<sup>95</sup>, cuyo contenido, tal y como fue adaptada en su versión de 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, aparece reconocido por el art. 6 del Tratado de la Unión Europea con el mismo valor jurídico que los Tratados. Por su parte, nuestra Constitución, en su art. 24.1, constitucionaliza este principio como informador del derecho a la tutela judicial efectiva.

El juez ha de oír a las partes, ha de dar a cada una la ocasión de tomar posición respecto de las manifestaciones de la contraria, de alegar todo lo que según su opinión sea pertinente en el asunto y de explicar el juicio jurídico que en su opinión hay que formular. Como recuerda LARENZ, sólo cuando cada parte ha tenido esta posibilidad y ha hecho un uso adecuado de ella, puede considerarse cier-

---

<sup>94</sup> SÉNECA, *Medea*, 199-200 (DOMINGO, R.-RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, D., op. cit. p. 28).

<sup>95</sup> En su apartado 2 dispone que: *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse defender, aconsejar y representar.*

to que el tribunal no ha pasado por alto ningún punto de vista jurídico que en opinión de las partes sea significativo, adquiere un cuadro completo de la situación y está en condiciones de dictar una sentencia justa<sup>96</sup>.

Más en concreto, este principio de audiencia o contradicción exige que no se dicte una resolución judicial que pueda repercutir o afectar a una persona sin que haya tenido la oportunidad de influir en el sentido o contenido de esta resolución, formulando alegaciones y utilizando los medios de prueba que le convenga, eso sí de acuerdo con reglas procesales objetivas, previamente conocidas por las partes, que tienden a dotar de seguridad jurídica al proceso y por lo tanto a la disputa.

El proceso se desarrolla como un diálogo entre las partes (en la medida que frente a una petición o alegación de una de ellas, la otra tiene la posibilidad de contestarla), que en realidad va dirigido a crear una determinada convicción psicológica en el juez a favor de una u otra tesis. Al tribunal le corresponde resolver la disputa, poner fin a la controversia, respetando las reglas de juego derivadas de los principios de disposición y de aportación de parte, y contando con el margen de indagación que la ley le confiere. Su decisión, una vez firme, adquiere la fuerza de cosa juzgada y crea entre las partes, en ocasiones con eficacia *erga omnes*, un derecho inimpugnable<sup>97</sup>.

El derecho constitucional de la persona *a obtener la tutela judicial efectiva ante los tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión* (art. 24 CE), y el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), viciarían de nulidad un juicio en que una de las partes hubiera visto perjudicadas sus oportunidades de alegación o prueba.

17. Dentro de este proceso contradictorio, la fase de cognición debe ir encaminada a la determinación y acreditación de los hechos, teniendo en cuenta lógicamente su relevancia jurídica, en una labor que aspira a **conocer la verdad de lo ocurrido**, sin que ello sea contradictorio con el juego del principio dispositivo, pues lo verdaderamente relevante es que no se restrinja injustificadamente a las partes el empleo de todas las pruebas disponibles<sup>98</sup>. Al respecto, TARUFFO ha advertido cómo del carácter disponible/indisponible del derecho sustantivo alegado en la causa no se siguen implicaciones necesarias respecto de la forma en que se configura el principio dispositivo en el sentido procesal y, por tanto, respecto de la configuración de la instrucción probatoria y la decisión judicial.

---

<sup>96</sup> LARENZ, K., *Derecho justo*, Civitas, Madrid, 1985, p. 186.

<sup>97</sup> LARENZ, K., *Derecho justo*, p. 187.

<sup>98</sup> TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 39 y ss., argumenta cómo no debe existir ninguna contradicción entre el proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad de los hechos, ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación de los hechos que están en la base de la controversia.

En la medida en que existe un nexo que vincula la veracidad de los hechos con la justicia de la decisión, el proceso debe permitir al juez, mediante la determinación y prueba de los hechos, su reconstrucción verdadera, en la que debe basarse ineludiblemente una resolución justa<sup>99</sup>. Dicho de otra forma, la decisión del juez nunca será justa si está basada en una determinación errónea e inaceptable de los hechos. De este modo, la veracidad y aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria, pero obviamente no suficiente, para que pueda decirse que la decisión judicial es justa<sup>100</sup>.

Esta verdad sobre los hechos perseguida en el proceso no es completamente distinta y autónoma de la verdad histórica, por el hecho de que sea determinada en el proceso y por medio de las pruebas practicadas, razón por la cual no cabe seguir hablando de una doble verdad, formal y material, para contraponer la judicial o procesal a la histórica<sup>101</sup>. Es una sola verdad, sin perjuicio de que las reglas procesales para su acreditación puedan condicionar el acceso a su conocimiento por parte del juez, a quien, por otra parte, no se le suelen imponer reglas de valoración de la prueba, dejándola a su sana crítica, que estará guiada por la prudencia.

**18.** La imparcialidad del juez, que presupone su independencia, para LARENZ es también otro principio del Derecho justo, y significa que el juez no se ha inclinado de antemano por ninguna de las partes y que se sitúa frente a ambas sin ninguna predisposición, dispuesto a no perjudicar ni favorecer a ninguna de ellas, tratando a todos con el mismo rasero y sin acepción de personas<sup>102</sup>.

Esta concepción de la independencia e imparcialidad como exigencias del derecho a un juicio justo, aparecen recogidas en los citados art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y art. 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Nuestra Constitución, contiene esta exigencia en el art. 117.1: *«la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»*. Aunque este precepto, propiamente, no hace expresa referencia a la imparcialidad, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que *«la imparcialidad judicial forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso*

---

<sup>99</sup> TARUFFO, M., *La prueba...*, pp. 70 y 84.

<sup>100</sup> TARUFFO, M., *La prueba...*, p. 64. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica.

<sup>101</sup> TARUFFO, M., *La prueba...*, pp. 24-26.

<sup>102</sup> LARENZ, K., *Derecho justo*, p. 181.



la primera de ellas, por cuanto condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional»<sup>103</sup>.

Estos principios están en la base de la confianza que los ciudadanos en general y los justiciables en particular deben tener en los jueces. Y para estos es una exigencia ética, que parte de la premisa de que sólo mediante su imparcialidad, al igual que con la independencia que la preserva, se alcanza la legitimación del juez y de sus actos.

Así lo han venido reconociendo los códigos de ética judicial que en la última década se han formulado. De una parte, «*The Bangalore principles of judicial conduct*» (Código Bangalore), elaborado al amparo de las Naciones Unidas en el año 2002, contiene unos principios básicos de ética judicial<sup>104</sup>. El primer principio es la independencia judicial, que se concibe como un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. Y, en consecuencia, se advierte el deber moral del juez de defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales (1). El segundo principio es la imparcialidad, que se estima esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales, y que se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión (2). De cada uno de estos dos principios se extraen una serie de exigencias éticas concretas, a través de las cuales se hacen realidad. Del mismo modo, el Código Modelo de Ética Judicial dedica sus dos primeros capítulos a la independencia y a la imparcialidad.

Además de la **independencia** del poder judicial como órgano de gobierno, que es imprescindible para la independencia de cada juez individual en el ejercicio de su función jurisdiccional, esta exigencia constitucional suscita dos cuestiones: la necesaria libertad interior con que ha de juzgar y la garantía que frente a la arbitrariedad supone su sometimiento a la ley.

El Juez debe ejercer su función de forma libre, sometido únicamente al imperio de la ley, y no lo será cuando se vea afectado por influencias ajenas (políticas, económicas, de opinión pública...), instigaciones, presiones, amenazas o interferencias

---

<sup>103</sup> SSTC 38/2003, de 27 de febrero; 39/2004, de 22 de marzo; 156/2007, de 2 de julio, y 38/2008, de 25 de febrero.

<sup>104</sup> *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, elaborados en el segundo encuentro de «The Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity», celebrado en 2001 en Bangalore (India), en anexo ECOSOC 2006/23. En su preámbulo destaca «*la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente independiente e imparcial*», que «*adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia*». Considera «*que una judicatura competente, independiente e imparcial es igualmente esencial si los tribunales han de desempeñar su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad*», y recuerda «*que la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna*». Apela finalmente a la responsabilidad que la judicatura tiene en cada país de promover y mantener altos los estándares de la conducta judicial.

(directas o indirectas)<sup>105</sup>. Lo que expresa con mayor detalle el Código Bangalore, «*un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón*» (1.1). Para ello se precisa del juez actuar con libertad interior, para no verse nunca presionado o determinado por fuerzas ajenas (políticas, económicas...), ni tampoco por los juicios paralelos que en ocasiones puedan darse en la opinión pública.

El sometimiento del juez al imperio de la ley opera como garantía frente a la arbitrariedad y el uso alternativo del derecho<sup>106</sup>, sin perjuicio de que, como ya vimos, esta vinculación no pueda ser entendida de forma literal a la Ley, sino al Derecho.

Por su parte, la **imparcialidad** impide que el juez pueda serlo en causa propia, ni en aquella en que tenga un interés directo. Del mismo modo, se pierde la imparcialidad cuando en el juez concurre algún vínculo personal, familiar o patrimonial en el caso que le corresponde conocer, o ha tenido previamente contacto o vinculación con el objeto del proceso, que puede determinar, si no condicionar, su juicio<sup>107</sup>. Estas situaciones de riesgo a la imparcialidad aparecen ordinariamente tipificadas como causas de recusación, lo que facilita al juez inhibirse tan pronto como haya incurrido en una de ellas, y, si no lo hace, puede ser exigida por cualquiera de las partes. En realidad, con el instituto de la abstención/recusación no sólo se pretende evitar la falta de parcialidad sino también su apariencia, esto es: no sólo interesa que el juez se abstenga de conocer cuando advierta que concurre una causa que le impide realmente juzgar con imparcialidad, sino también cuando, aun no sintiendo afectada su imparcialidad, un tercero, «observador razonable», apreciaría que existen motivos para que el juez no actúe imparcialmente<sup>108</sup>.

Pero más difícil de apreciar e impedir son los prejuicios que en ocasiones pueden favorecer o discriminar a una de las partes, o las tesis e ideas que postu-

---

<sup>105</sup> Se trata de satisfacer la expectativa de cualquier persona que acuda a la Justicia de que su conflicto será resuelto por jueces independientes de acuerdo con las leyes que resulten aplicables, ajenos a cualquier tipo de órdenes, instrucciones, sugerencias o directrices. En este sentido, el art. 2 del Código Modelo entiende que «*el Juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo*».

<sup>106</sup> La razón de ser de la independencia judicial es «*garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales*» (art. 1 Código Modelo). De igual modo, el Código Bangalore la concibe como una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo.

<sup>107</sup> Para el Tribunal Constitucional, «*junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, (...) que se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso*» (STC 38/2008, de 25 de febrero).

<sup>108</sup> El art. 11 del Código Modelo lo formula de la siguiente manera: «*el Juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así*».

la. Estos prejuicios son en la mayor parte de los casos «subliminares», pues el juez no sabe que los tiene ni la influencia que pueden ejercer en su sentencia. Cada persona, también el juez, está marcada en su modo de entender las cosas, sea por su origen, sea por su entorno vital, por la educación cultural recibida, por sus experiencias vitales y profesionales y por otros muchos factores más<sup>109</sup>.

Es inevitable que el juez tenga prejuicios, que provienen de su formación, ideas, creencias y vivencias personales, de las que no es posible sustraerse totalmente, y que de alguna manera también nos ayudan a la hora de enjuiciar. Y así, tanto la formación jurídica como la propia experiencia judicial guían al juez en su labor de análisis y enjuiciamiento, contribuyen a pre-comprender. De hecho, la comprensión del significado no es un proceso meramente receptivo, puesto que es también y ante todo una autocomprensión del sujeto cognoscente. Al fin y al cabo, como afirma KAUFFMANN, el sentimiento jurídico es el arte de tener pre-comprensiones correctas. Sólo quien, intentando captar el sentido jurídico del caso, se introduce —con toda la tradición que lleva consigo— en el horizonte de la comprensión, podrá fundamentar argumentadamente lo que como resultado provisional ya había anticipado<sup>110</sup>.

En la práctica resulta muy difícil deslindar los prejuicios «verdaderos» bajo los cuales conocemos, de los prejuicios «falsos» que producen malentendidos y condicionan o determinan indebidamente el sentido del juicio<sup>111</sup>. Cuando menos podemos afirmar que el juez debe ser consciente de su existencia, para tratar de sustraerse de aquellos falsos o negativos para con la persona o las ideas de alguna de las partes, que le impiden juzgar con arreglo a derecho. Y, en general, lo que debe evitar es que estos prejuicios determinen o condicionen decisivamente su juicio, y le impidan atender a la correcta valoración de las pretensiones de las partes y de las pruebas practicadas. Esto es, el juez no debe dejarse llevar por el prejuicio negativo, que ordinariamente va ligado a la precipitación y la ligereza, y, al mismo tiempo, ha de acostumbrarse a juzgar dejando al margen sus propias ideas, para que no le condicionen más allá de lo inevitable<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> LARENZ, K., *Derecho justo*, p. 183, para quien la «independencia de pensamiento» no es congénita para nadie y tampoco se adquiere con la instrucción, sino que exige el trabajo solitario del hombre a lo largo de toda su vida.

<sup>110</sup> KAUFFMANN, A., *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 101. Este autor llega a afirmar que «el juez que opina que él infiere la decisión “sólo de la ley” y no también de su persona, en determinada forma caracterizada, sufre un extravío y en verdad funesto, pues permanece, inconscientemente, dependiendo de sí mismo».

<sup>111</sup> GADAMER, G., op. cit., p. 369, apela para lograrlo a una conciencia formada hermenéuticamente que será hasta cierto punto también conciencia histórica, y que hará conscientes los propios prejuicios que le guían en la comprensión con el fin de que la tradición se destaque así a su vez como opinión distinta.

<sup>112</sup> Como afirma el art. 18 Código Modelo, «la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica».

## VII CONTENIDO DE LA *PRUDENTIA IURIS*

19. El carácter valorativo que encierra la labor de enjuiciamiento pone en evidencia que no es sólo cuestión de método, sino que supone un juicio de prudencia. La teoría del discurso no desplaza ni hace superflua la función del juicio prudencial, en cuanto instrumento para discernir la verdad práctica que es la justicia del caso concreto. Es más bien una pieza o elemento de la *prudentia iuris* que implica: un conocimiento técnico objetivo; una especial habilidad y sensibilidad (arte), de naturaleza puramente subjetiva y personalísima, que, por ello, resulta muy difícil de reducir a formas lógicas; y un saber ético, constitutivo de una virtud, que versa sobre los medios, procedimientos, lugar y tiempo adecuados para alcanzar una solución justa<sup>113</sup>.

En primer lugar, para juzgar con prudencia, el juez ha de hacerlo con **conocimiento** de causa, esto es del Derecho y de la realidad de lo ocurrido. Ya nos hemos referido al juicio sobre la verdad de los hechos objeto de enjuiciamiento, a cuya averiguación y acreditación se encamina el proceso civil. Sin ella, veíamos, no cabe hablar de un juicio justo, y por ende de un juicio prudencial. Ahora nos referiremos a la necesaria formación jurídica y humana del juez. Primeramente, debe exigírsele una buena preparación técnica. Como advierte el Código Modelo, «*el juez bien formado es el que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente*» (art. 30). Para ello no basta la formación inicial, sino que es preciso una actualización constante, tratando de estar al día de las novedades legales y jurisprudenciales, tanto del derecho nacional como internacional. De tal manera que se cree en el juez una actitud y un hábito de formarse de forma continuada<sup>114</sup>.

La ignorancia impide valorar correctamente los hechos enjuiciados, y, al contrario, el conocimiento del ordenamiento jurídico y de sus instituciones, conforman una mentalidad en el Juez —propia de un jurista— que aflora en la fina intuición jurídica que permite abordar con acierto los casos.

Pero la formación del juez no puede ser exclusivamente técnica, jurídica, sino que debe ser también humanística y cultural. Por la labor que desarrolla, el juez ha de ser un humanista, capaz de comprender al hombre de hoy y los problemas sociales que subyacen a los casos que se le plantean, y, consiguientemente, juzgar con más sensibilidad y acierto. Y es que, ya hemos visto que la racio-

---

<sup>113</sup> MONTORO BALLESTEROS, A., op. cit, p. 75.

<sup>114</sup> Este deber de formarse, se contiene también en el Código Bangalore (6.3), al disponer que «*Un juez dará los pasos razonables para mantener y aumentar sus conocimientos, habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de las obligaciones judiciales, aprovechando para ese fin los cursos y facilidades que puedan estar a disposición de los jueces, bajo control judicial*».

nalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etcétera, que la literatura puede ayudar a poseer<sup>115</sup>.

20. En segundo lugar, como el enjuiciamiento no deja de ser un **arte práctico**, es preciso asimilar las habilidades necesarias para juzgar con prudencia. Estas habilidades, junto al dominio del saber técnico que encierra la lógica de la argumentación, alcanzan a la esencia misma de la virtud. No es fácil especificarlas, y cuando se hace existe cierto riesgo de caer en generalidades o particularidades, pues no en vano el arte de actuar con prudencia constituye una realidad perceptible, pero difícil de explicar.

Así, ATIENZA pone de relieve la síntesis que supone entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo, en la que opera al mismo tiempo la intuición junto con la reflexión y la deliberación; y llama la atención del papel que desempeña la imaginación: por una parte, como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema; y, por otra, en su aspecto moral, como combinación de la simpatía o compasión (que permite ponerse en el lugar de otro) con la capacidad de mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y serenidad<sup>116</sup>.

RECASENS SICHES, al ilustrar cómo opera la lógica de lo razonable<sup>117</sup>, hace también mención a la prudencia, cuyo contenido describe enunciando de forma ilustrativa lo que denomina «valores» tradicionalmente asociados a esta virtud:

- i) genuina adecuación a la naturaleza del problema planteado y de sus factores y condiciones que se dan en ese problema;
- ii) congruencia histórica, esto es, apropiado acuerdo con la significación del momento histórico, tanto por su realidad presente como también por sus proyecciones de futuro;

---

<sup>115</sup> NUSSBAUM, *Justicia poética*, Barcelona, 1997 (citado por ATIENZA, «Virtudes judiciales», en *Claves de razón práctica* n.º 86, pp. 86-87), en concreto, se refiere a la novela realista: «en la propia estructura de ese tipo de novelas existiría algo así como un elemento igualitario, en cuanto que podría decirse que los diversos personajes están a disposición de cualquier lector; habría también una apelación a la imaginación, a la fantasía, a la capacidad de “vivir otras vidas”, y, en definitiva, a la empatía, a ponerse en el lugar de otro, a ser capaz de entender otras circunstancias, aunque resulten muy ajenas a nuestras experiencias reales».

<sup>116</sup> Destacado por ATIENZA, «Virtudes judiciales...», p. 39, con cita de dos artículos de KRONMAN («Practical Wisdom and Professional Character», en *Social Philosophy and Policy*, n.º 4, pp. 203-234, 1986; y «Living in the Law», en *The University of Chicago Law Review*, n.º 54, 1987).

<sup>117</sup> RECASENS SICHES la concibe como una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia.

- iii) viabilidad o practicabilidad de las normas (generales e individuales) que vayan a ser establecidas, esto es, máxima probabilidad de eficacia real;
- iv) ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el inmediato porvenir pueden producir las reglas y decisiones que sean tomadas;
- v) evitar que la resolución aparentemente satisfactoria de un problema, se convierta en fuente de otros más graves;
- vi) espíritu de armonía y transacción entre varios intereses en conflictos mientras lo permita la justicia;
- vii) legitimidad de los medios empleados para el fin objetivo;
- viii) esforzarse por dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses legítimos con el mínimo de malgasto y de fricción;
- ix) respeto en el grado admisible, sin daño de otros valores más altos, a las expectativas concebidas por trabajos o esfuerzos hechos, o por virtud de previsión de un alto grado de probabilidad<sup>118</sup>.

Pero tratándose de un arte, susceptible de ser aprendido, fundamentalmente a través de la experiencia vivida o simulada (método del caso), las anteriores consideraciones, aunque se aproximan y adecuan a la prudencia jurídica, resultan insuficientes para explicarla. Ha sido, sin duda, en el ámbito de la teoría de la acción directiva, desarrollada en el marco de la transmisión de habilidades en las escuelas de negocios, y en concreto para la toma de decisiones prudentiales, donde más se ha analizado el contenido de este arte práctico<sup>119</sup>. Como quiera que es la misma virtud, la prudencia, la que guía tanto estas decisiones como el juicio jurídico, podemos trasladar esas reflexiones a la *prudentia iuris*.

En una decisión prudente, y la resolución judicial ha de serlo, deben combinarse distintos aspectos, en los que es posible advertir un haz de habilidades prácticas. De una parte la **sagacidad**, que se ordena a una solución rápida y simple. A ella se refiere CALAMANDREI, de forma intuitiva, al recoger entre otras máximas de experiencia que «es juez óptimo aquel en quien prevalece sobre las dotes de inteligencia, la rápida intuición humana». Liga esta facultad al «sentido de la justicia, mediante el cual se aprecian los hechos y se siente rápidamente de qué parte está la razón, es una virtud innata que no tiene nada que ver con la técnica de derecho; ocurre como en la música, respecto de la cual, la más alta inteligencia no sirve para suplir la falta de oído»<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> RECASENS SICHES, L., *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1970, pp. 256-257.

<sup>119</sup> Nota técnica *Practical Wisdom in Decision Making*, TDN-87-E, IESE, 1992.

<sup>120</sup> CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ed. Góngora, Madrid, 1936, p. 109.

Pero la sagacidad no supone precipitación<sup>121</sup>, sino que es compatible con la **circunscripción** y la **cautela**. La **circunscripción** implica el exacto conocimiento y comprensión de todas las circunstancias del caso. Supone atender a todas ellas y valorarlas en su justa medida, en atención a su relevancia práctica en el caso enjuiciado. Y la **cautela**, al contemplar las consecuencias de la decisión, previene los riesgos que conlleva, e impide así alcanzar conclusiones absurdas o manifiestamente injustas. Además, este juicio, para que sea fruto de la prudencia, debe estar tamizado por la **razonabilidad**, esto es, por su concordancia con los cánones de la lógica, y, al mismo tiempo, debe ser susceptible de ser explicado de forma convincente. Mediante la **motivación** se explican los fundamentos de la decisión y se corrobora su razonabilidad.

21. En tercer lugar, la prudencia no deja de ser un **saber ético**, pues va encaminada a conseguir un resultado bueno, siendo en este caso el bien la justicia, entendida como lo justo del caso concreto (*to dikaion*). La prudencia asume como momentos dialécticos suyos el conocimiento técnico y el arte, poniéndolos en contacto y subordinándolos a la ética<sup>122</sup>. Como recuerda LARENZ, todo el orden jurídico está bajo la exigencia ineludible de la justicia, sólo desde la cual es capaz de justificar en última instancia su pretensión de validez. De tal forma que, para este autor, en las últimas instancias dialécticas entre la ley y la justicia del caso, debe acudir a un «desarrollo», primero «inmanente a la ley», después, si fuere preciso, «superador de la ley», partiendo de «principios ético-jurídicos». Aunque, el juez (el jurista), por regla general, no busca la justificación de su resolución en la reducción inmediata a principios éticos últimos, sino por mediación del orden jurídico que se le ofrece en las leyes y en la jurisprudencia. El hacer valer inmediatamente tales principios sólo le está permitido cuando eso no sea posible o cuando no sea evitable una injusticia manifiesta<sup>123</sup>.

Se trata de superar una concepción «estético-prudencial» o «prudencialismo intuicionista», que niega la existencia de normas objetivas de moralidad, pues, como han explicado los grandes maestros de la tradición (TOMÁS DE AQUINO), la verdadera virtud de la prudencia suplementa la deducción desde los principios con un discernimiento sensible. Aunque antes de este perfeccionamiento de la deliberación por el juicio prudencial, advierte FINNIS, la virtud de la prudencia ha de haber jugado otro papel esencial: excluir de la deliberación todas las opciones que suponen la violación de normas morales específicas y son por lo tanto injustas o de otros modos no respetan los bienes humanos básicos inmediatamente en juego en las posibles op-

---

<sup>121</sup> Se entiende muy bien esa otra afirmación de CALAMANDREI, P., op. cit, p. 38: «temo al juez demasiado seguro de sí mismo, que llega en seguida a la conclusión y que comprende inmediatamente sin perplejidad y sin arrepentirse».

<sup>122</sup> MONTORO BALLESTEROS, A., op. cit, pp. 75-76.

<sup>123</sup> LARENZ, K., *Metodología...*, p. 496.

ciones<sup>124</sup>. Lo cual ha sido formulado de otro modo desde perspectivas iusfilosóficas diferentes, al postularse el rechazo de aquellas soluciones que sean injustas<sup>125</sup>.

FINNIS pone de relieve el carácter constitutivo-perfectivo de la verdad práctico-moral que reviste la prudencia, que trasciende el de la deducción meramente lógica de las normas éticas o principios prácticos, para constituirse en un elemento que enriquece, completa y determina el juicio ético de la conducta humana. La *prudencia* agrega un *plus*, un adicional normativo a la dirección de la conducta llevada a cabo por normas y principios; se trata no sólo de una mera *conclusión*, sino también de una *determinación*, precisión o especificación de lo correcto, adecuado o debido en una situación concreta. Las circunstancias y modalidades de esa situación hacen necesario un agregado de normatividad que no se encuentra sino incoactivamente en normas y principios y que no puede reducirse a su dimensión lógico-deductiva<sup>126</sup>.

De ahí que para juzgar con prudencia, hay que ser prudente, en el sentido originario de la palabra, «*phrónimos*» o mejor dicho «*iuris prudens*», para ahondar en su relación al derecho (lo justo concreto). Hace unos años el profesor MALEM planteó este problema en un artículo, con un título muy sugerente: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces?<sup>127</sup> Dejando a un lado que la legitimación del juez en la actualidad se halla en la Constitución y no en su propia «*auctoritas*», y que el deber de motivar las sentencias contribuye a evitar la arbitrariedad, no cabe negar que en la práctica el juez acaba de legitimarse precisamente por esa «*auctoritas*» propia del *iurisprudens*. La cuestión ya no sería tanto negar legitimación para juzgar a las «malas personas», pues exige precisar qué se entiende por tales<sup>128</sup> y nos aboca a la difícil cuestión de la vinculación entre la moral pública y privada, como advertir que la prudencia del juez, entendida como esta sabiduría práctica, contribuye a juzgar con mayor justicia, ayuda a decidir conforme a lo que es más justo. Pero, entiéndase bien, no basta con ser una buena persona, ni siquiera con tener sentido común, sino que forma parte de esta «*auctoritas*», además, una buena formación jurídica y humanista, y los buenos hábitos propios del arte de juzgar con prudencia los hechos y las pretensiones.

---

<sup>124</sup> FINNIS, J., *Moral absolutes. Tradition, Revision and Truth*, Washington, 1991, pp. 104-105, apud MASSINI, C., «Ciencia práctica y prudencia en John Finnis. Aproximaciones preliminares a la problemática», en *Ambiente jurídico*, n.º 9, noviembre 2007, pp. 31-32.

<sup>125</sup> ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, 3.ª ed., Barcelona 2007, pp. 310-312.

<sup>126</sup> MASSINI, C., op. cit., pp. 32-33.

<sup>127</sup> MALEM SEÑA, J., «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», *Doxa* 24 (2001), pp. 379 y ss.

<sup>128</sup> MALEM SEÑA, J., op. cit., p. 403, define la mala persona en términos de rechazo al sistema de valores constitucionales.



CONTESTACIÓ  
de l'acadèmic de número  
IL-LM. SR. RAMON MULLERAT<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ramón Mullerat O.B.E., Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, és advocat a Barcelona i Madrid; KPMG Abogados; advocat a la Cour de Paris, França; Membre honorari de la Law Society of England and Wales; membre honorari del Bar of England and Wales; ex professor de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona; professor adjunt de la John Marshall Law School, Chicago, EEUU; professor ajudant de la Facultat de Río Piedras de la Universitat de Puerto Rico; ex membre del Consell Europeu de la Emory University, Atlanta, EEUU; ex president del Consell de Col·legis d'Advocats de la Unió Europea (CCBE); expert del Consell d'Europa; membre de l'American Law Institute (ALI); membre de l'American Bar Foundation (ABF); president de l'European Advisory Council del International Senior Lawyers Project (ISLP); membre del Comitè Executiu de l'Institut d'Estudis Nordamericans (IEN); ex copresident de l'Human Rights Institute de la International Bar Association (IBA); membre de la London Court of International Arbitration (LCIA); president de l'Associació pel Foment de l'Arbitratge (AFA); president de la Comissió del CCBE sobre Ètica dels Àrbitres; membre de la Junta de l'Internet Bar, EEUU; ex president del Consell Editorial de l'European Lawyer; membre del Consell Editorial del Iberian Lawyer; director del Master de Dret Internacional de l'Institut Superior de Derecho y Economía (ISDE).



Constitueix per a mi un honor el que l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació m'hagi designat per fer la contestació al discurs d'ingrés del Dr. Ignacio Sancho Gargallo.

L'honor és gran i és triple: per raó de l'òptima qualitat del discurs, per la personalitat de l'acadèmic que ingressa i perquè el tema escollit constitueix una apologia de la funció judicial, apologies que malauradament abunden poc en el nostre país.

## I

### LAUDATIO. EL ALMA DE JUEZ

#### *Advocati nascuntur, iudices fiunt*

1. Abans d'entrar a contestar el discurs, és consuetudinari fer una *laudatio* de l'ingressant.

1.1. Sancho Gargallo ha tenido la fortuna de nacer en el seno de una familia de juristas. Terminó la licenciatura de derecho en la Universidad de Zaragoza en 1986 con una inquietud intelectual fuerte por la filosofía del derecho, disciplina de la que su abuelo (Miguel Sancho Izquierdo) había sido catedrático y su padre (Miguel Ángel Sancho Rebullida), profesor en esa misma Universidad. Esta inquietud no fue tan fuerte como para dedicarse enteramente a ella y apartarse de una clara vocación de juez que, desde que comenzó los estudios de derecho, percibió.

1.2. Aprobadas las oposiciones tanto de juez como de fiscal en 1989, optó por la carrera judicial, siendo destinado al Juzgado de Alcañiz a principios de 1990. Dos años después, con ocasión de las Olimpiadas de Barcelona, ascendió a magistrado y obtuvo destino en un Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de nuestra ciudad. Aquella corta estancia en un juzgado de pueblo contribuyó a arraigar en él el alma de juez, sin perjuicio de que haya sido en Barcelona donde, por la complejidad y saturación de asuntos, se haya formado profesionalmente.

Un paso breve de dos años por un juzgado especializado en incapacitaciones y tutelas (el 40 de Barcelona) le aportó un conocimiento más profundo de la persona humana, que ha marcado después su trabajo como juez.

Al crearse la especialidad mercantil, con ocasión de la Ley Concursal, obtuvo el n.º 1 en la primera oposición restringida de acceso a la especialidad, lo que permitió, no sólo ser el primero en el escalafón de jueces mercantiles, sino también acceder a la presidencia de la sección 15 (especializada en asuntos mercantiles) en 2005, que había quedado vacante por la marcha de su predecesor José Ramón Ferrándiz a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

Formar parte de un tribunal colegiado especializado en asuntos tan complejos e interesantes, como los que llegan a la sección 15 de la Audiencia Provincial, no le impidió reconocer que lo esencial de la labor judicial se identifica mejor con la del juez de primera instancia, que debe centrar el caso, dirigir el juicio y juzgar.

1.3. Por dos veces, ha compaginado las tareas jurisdiccionales con las gubernativas, como miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya: desde julio de 1999 a mayo de 2002 y desde septiembre de 2006 a octubre de 2009.

1.4. Coincidiendo con sus primeros años de juez, el Dr. Sancho Gargallo se doctoró en la Universidad Pompeu Fabra en 1997. Bajo la dirección del catedrático José Massaguer, la tesis versó sobre la retroacción de la quiebra, que más tarde publicó como monografía en la Editorial Aranzadi. Desde 1997 y hasta la fecha, ha venido impartiendo docencia en la Facultad de Derecho de dicha Universidad, como profesor asociado. En 2003, fue profesor ordinario de la Escuela Judicial de Barcelona. Desde 2005 codirige con el Dr. Fernando Cerdá un curso de postgrado en el Idec sobre derecho de insolvencia.

1.5. Además de la monografía sobre la retroacción de la quiebra, el Dr. Sancho Gargallo es autor de numerosos libros y artículos, que versan, no sólo sobre derecho mercantil (concursal, sociedades, derecho de la competencia, patentes...), sino también sobre derecho civil (capacidad de la persona y derecho sucesorio) y derecho procesal.

1.6. El Dr. Sancho Gargallo es miembro, desde su constitución en 1999, de la Red Judicial Europea (REJUE) y, en calidad de tal, presta auxilio a otros tribunales de Catalunya sobre cuestiones de cooperación judicial dentro de la Unión Europea.

En diciembre de 2006, el Consejo General del Poder Judicial creó la Red de Expertos de Derecho de la Unión Europea (REDUE) y fue nombrado miembro en relación con cuestiones de derecho mercantil. Desde entonces presta auxilio a otros tribunales de lo mercantil sobre la formulación de cuestiones prejudiciales y, en general, facilita el conocimiento e interpretación del derecho comunitario.

1.7. Sancho Gargallo ha sido miembro de la sección especial de la Comisión General de Codificación para la reforma de la Ley Concursal, constituida en julio de 2009 y que terminó sus trabajos en junio de 2010.

2. Aquesta vocació i, sobretot, aquesta formació intensa i constant com a jutge des dels primers anys dels seus estudis corroboren el brocard *advocati nascuntur, iudices fiunt*.

## II

### EL SETIAL D'ANTONI DE CAPMANY I D'ANTONI SABATER

1. El nou acadèmic de número ocuparà el setial d'Antoni de Capmany i d'Antoni Sabater.

2. La figura del jutge Antoni Sabater ha estat ja justament glossada en el discurs. Jo només voldria afegir que Antoni Sabater era de Tarragona, a la que molt apreciava i que era sovint motiu de conversa entre nosaltres dos.

3. Sobre Antoni de Capmany de Montpalau i Suris (1742-1813) diré que va ser un eminent historiador, filòleg i polític, quin retrat inaugurarà en 1871 la Galeria de Catalans Il·lustres. Un personatge polifacètic i internacional. Secretari de l'Acadèmia de la Història, director de l'Arxiu del Reial Patrimoni de Catalunya i membre de l'Acadèmia de Bones Lletres de Barcelona. Com a diputat de Catalunya, tingué una intervenció destacada a les Corts Generals de Cadis. Com a catòlic il·lustrat, propugnà la supressió de la Inquisició. Com a jurista, publicà diverses obres i, entre elles, el *Código de las Costumbres Marítimas de Barcelona (1791)*, que conté la traducció castellana del Llibre del Consolat de Mar.

## III

### CONTESTACIÓ AL DISCURS

*Fra tutte le professioni che i mortali possono esercitare,  
nessun'altra possa meglio giovare a mantenere la pace tra gli uomini  
di quella dei giudice che sappia esser puro dispensatore di quel lenimento  
d'ogni ferita che si chiama giustizia<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Piero CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1954, p. 388.

## 1. *El sistema judicial*

*People want two inconsistent things: that the law shall be certain, and that it shall be just and shall move with the times.*

*It is our business to keep both objectives in view.*

*Rigid adherence to precedent will not do. And paying lip service to precedent while admitting fine distinctions gives us the worst of both worlds.*

*On the other hand too much flexibility leads to intolerable uncertainty<sup>3</sup>*

En primer lloc, reitero la meua felicitació a l'ingressant pel fet d'haver triat un tema transcendental com és la funció del jutge. En general i en particular en el nostre país, hi ha una carència de coneixement i de reconeixement de la missió que els jutges desenvolupen en la societat. No és així en altres països on, per exemple, a l'American Bar Association (Col·legi d'advocats nord-americà) una comissió<sup>4</sup> té per objectiu expandir la comprensió i confiança pública en el sistema de justícia.

Malgrat la seva rellevància a la societat, el poder judicial es troba avui poc desenvolupat front als demés poders de l'Estat. Al nostre país, a més, la desafecció per la justícia és evident, agreujada pel trist episodi d'un Tribunal Constitucional resolvent el recurs sobre l'Estatut d'Autonomia, fent un pobre servei a la funció integradora de la justícia<sup>5</sup>. A altres països s'ha produït també una menysvaloració de la justícia a favor del legislatiu i l'executiu, exacerbada com a conseqüència de la prevalença de la seguretat, desequilibrant el binomi llibertat-seguretat després de l'atac de l'11-S. Aquesta inferioritat del poder judicial front als altres dos ha sigut posada de manifest<sup>6</sup>:

Estem enfrontats a dos canvis paral·lels de grans dimensions, tots dos reveladors de símptomes clars d'una crisi profunda... Per una banda, hi ha el gegantisme del poder legislatiu cridat a interferir en esferes d'activitats cada vegada més àmplies; per una altra banda, apareix el gegantisme de la branca executiva penetrant i possiblement opressiva... Tenint en compte que la «tercera branca» (la judicial) no pot ignorar la gran transformació del món real, noves responsabilitats pesen sobre els tribunals.

Avui, la ciutadania està preocupada per la millora del servei de la salut, doncs tots sabem que un dia o altre haurem de raure a l'hospital o a una residència d'an-

---

<sup>3</sup> Lord REID, (1972), 12 Jnl Soc Public Teachers of Law, pp. 22-26, citat per Tom Bingham, *The business of judging*, 2004, p. 32.

<sup>4</sup> American Bar Association, Judicial Outreach Network.

<sup>5</sup> Piero CALAMANDREI, op. cit., p. 251: *ogni popolo, potrebbò dire, ha la magistratura che si merita*.

<sup>6</sup> Mauro CAPELLETTI, «The law-making power of the judge and its limits: A comparative analysis», *Monas University Law Review*, 1981, pp. 15-21, citat per Tom Bingham, «The art of judging», *Southern Cross University Law Review*, vol. 12, 2008.

cians. No existeix la mateixa preocupació per la justícia, que sembla només interessar als qui tenen l'infortuni de veure's involucrats en un plet. Jo no diré que el nostre poble no ami la justícia, pero sí que la seva administració no desperta interès. Les paraules de denúncia d'Angel Ossorio<sup>7</sup> en 1922 encara ressonen: *hay que decirlo claramente: que nuestro pueblo no ama la justicia, y no esta justicia, sino ninguna; que no pugna por sustituirla, ni por mejorarla, ni por adaptarla al ensueño o arquetipo de perfección que flote en su mente, sino que se encuentra en estado de indiferencia perfecta, que se está volviendo «ajurídico».*

Per això, un estudi com el que comento que analitza la funció del jutge, amb destresa afecte, és d'agrair i d'admirar.

Tot i contestant el discurs i al fil de la *prudentia juris*, se m'ha suggerit fer algunes digressions a com aquesta prudència és tractada en el món anglosaxó i com afecta també a la funció arbitral.

## 2. Estructura del discurs

Divideix Sancho Gargallo el seu discurs en set capítols: (I) Aproximación al significado de la jurisprudencia; (II) Significado etimológico y originario de la *juris prudentia*; (III) Olvido de la *prudentia juris*; (IV) Dialéctica aristotélica y pensamiento aporético; (V) Carácter eminentemente valorativo del enjuiciamiento; (VI) El juicio justo presupuesto del juicio prudencial; i (VII) Contenido de la *juris prudentia*.

### 3. Primer capítol (Aproximación al significado de la jurisprudencia)

*Chi a fede nella giustizia riesce in ogni caso,  
anche a dispetto degli astrologi,  
a fare cambiare el corso delle stelle*<sup>8</sup>

3.1. El principal objectiu de Sancho Gargallo en el discurs és presentar la seva tesi sobre la funció judicial que anomena l'«activitat prudencial (*prudentia juris*) del jutge».

Les nocions de dret i justícia són properes i a la vegada llunyanes. El príncep Salinas, en *il Gattopardo*, es deia: què propers es veuen els estels i emperò que llunyans estan. Són com els homes, que es veuen propers, però estan distants<sup>9</sup>. Dret i justícia, vinculats en una relació «medi-fi», sovint estan distanciat. La fun-

<sup>7</sup> Angel OSSORIO, *El alma de la toga*, 1922, p. 259.

<sup>8</sup> Piero CALAMANDREI, op. cit., p. 3.

<sup>9</sup> Antoine de SAINT-EXUPÉRY, *Le petit prince*, 1943 : *Où sont les hommes ? reprit enfin le petit prince. On est un peu seul dans le désert... On est seul aussi chez les hommes, dit le serpent.*

ció dels homes i dones del dret és cercar una probablement inassolible plena convergència.

3.2. La preocupació pel mètode de la funció judicial —el que Benjamin Cardozo<sup>10</sup> denominava *that strange compound which is brewed daily in the caldron of the courts* (l'estrany compost que es cou diàriament en la caldera dels tribunals)— ha sigut una constant en la història. La funció d'enjudiciar no és solsament preocupació dels juristes, sinó de tothom. En *Measure for measure*<sup>11</sup>, l'estudi més directe de Shakespeare sobre dret i societat, en Bardo pregunta «quant suport i respecte públics precisa la llei?; s'han de fer complir les lleis en desús?; s'han d'interpretar les lleis amb rigor o amb equitat?». Shakespeare indaga sobre el procés de selecció judicial; les predisposicions polítiques o socials que afecten la decisió del jutge; les conseqüències d'etiquetar un jutge de «conservador» o «liberal»; i fins què pot fer el jutge quan creu que l'aplicació de la llei produirà un resultat injust.

3.3. El discurs s'inscriu dins la més pura filosofia del dret en tant que analitza, no solsament el dret tal com és, sinó com hauria de ser. Del Vecchio explicava que la filosofia del dret busca allò que hauria de ser el dret, en contrast amb el que el dret és, fent-se ressò de la distinció de Hans Kelsen entre el *sollen* (el que hauria de ser) i el *sein* (el que és) i de la comparació entre «la veritat ideal i la realitat empírica»<sup>12 13 14 15 16</sup>.

3.4. Comença el discurs fent referència a les tres nocions de *juris prudentia*: a) la *juris prudentia* com a ciència del dret, poc utilitzada en el món del *civil law* i molt utilitzada en el del *common law* com sinònim de filosofia del dret;

---

<sup>10</sup> Benjamin CARDOZO, *The nature of the judicial process*, 1949, The Storres lectures, Yale University.

<sup>11</sup> En absència del governador Vincenzo, el sub-governador Angelo intenta fer complir severament una llei llargament latent que prohibeix les relacions sexuals abans del matrimoni. D'aquesta manera, es sentència a mort a un jove Romeo (després d'haver estat sorprès amb la seva núvia), només per oferir commutar-li la sentència si la seva germana casta (Isabel) es compromet a tenir sexe amb ell. El governador torna per a salvar la situació no sense abans que Isabel hagi de prendre decisions difícils pel que fa a les demandes d'Angelo.

<sup>12</sup> Giorgio DEL VECCHIO, *Filosofia del dret*, 1930, deia que la filosofia del dret és el curs de l'estudi que defineix el dret en la seva lògica universalitat, busca els orígens i característiques generals del seu desenvolupament històric i l'avalua d'acord amb l'ideal de justícia extret de la raó pura.

<sup>13</sup> Hans KELSEN, *Teoría general del estado*, p. 131, afirmava que *la filosofía del derecho intenta responder a la cuestión de saber qué reglas debe el derecho adoptar o establecer: en otros términos, su objeto específico es el problema de la justicia. Por el contrario, la teoría general del derecho tiene como objeto el derecho tal como de hecho es, es decir, el derecho positivo.*

<sup>14</sup> Gustav RADBRUCH, *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, 1914, descriu la filosofia del dret com la ciència dels valors, com la ciència del deure ser.

<sup>15</sup> Rudolf STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, l'entén com *la teoria del dret just*.

<sup>16</sup> Norberto BOBBIO, «Filosofia del diritto e teoria generale del diritto», en *Scritti in onore di F. Carnelutti*, 1950, I, pp. 43-69, que entén per filosofia del dret *la teoría de la justicia, es decir, la teoría de este especial valor que domina la experiencia jurídica y, sobre la base del cual, el derecho empírico, histórico o positivo ... viene valorado y, en su caso, posteriormente transformado.*



b) com a doctrina que emana del TS en la interpretació reiterada de les normes jurídiques que privilegia l'art. 1.6 CCE; i c) el més ampli de *juris prudentia*, com a coneixement del dret, segons la fórmula d'Ulpià<sup>17</sup> *divinarum atque humanarum rerum noticia, justi atque injusti scientia*<sup>18</sup>.

3.5. Dintre de les escoles de pensament de la filosofia del dret clàssiques (iusnaturalista<sup>19</sup> i positivista<sup>20 21 22</sup>) i les modernes (jurisprudència analítica, realisme jurídic<sup>23</sup>, jurisprudència sociològica, estudis jurídics crítics<sup>24</sup>, constructivisme i in-

---

<sup>17</sup> ULPiÀ, *Digest*, 1.1.10.2

<sup>18</sup> Alvaro D'ORS, *Una introducció al estudio del derecho*, 1979, p. 25 recorda que la justícia és cega i així se la representa com una deesa amb els ulls tapats. Per això, diu, la justícia necessita l'assistència de la jurisprudència.

<sup>19</sup> El principal exponent del iusnaturalisme és St. Tomàs d'Aquino. La *Summa Theologica* conté la manifestació més comprensiva de la doctrina catòlica i la seva definició del dret: *participatio legis aeternae in rationale creatura*. Els defensors moderns del iusnaturalisme (Lon Fuller (*The morality of law*) i John Finnis) busquen demostrar que el dret té una *internal morality* (moralitat interna) que consisteix en les següents *desiderata*: generalitat, promulgació, no retroactivitat, claredat, no contradicció, possibilitat de compliment, constància i congruència entre la regla declarada i l'acció oficial.

<sup>20</sup> Els principals exponents del positivisme són Bentham, Austin —el pare de la filosofia del dret anglesa que instaurà la doctrina de que el dret és el *sovereign's command* (el manament d'un sobirà)— Kelsen i més modernament H. L. A. Hart. Vid. Conrad Johnson, *Philosophy of law*, 1993. Hart, «Positivism and the separation of law and morals», 71 *Harvard Law Review*, 1953, pp. 593-601, n. 25 i *The concept of law*, p. 253, diu que les cinc característiques del positivisme són: a) el dret és un manament dels humans (per oposició al dret natural); b) no existeix una connexió necessària entre dret i moral; c) l'anàlisi dels conceptes jurídics és diferent (encara que no contradictori) de la investigació històrica i dels estudis crítics; d) el sistema jurídic és «un sistema lògic tancat» en el que es poden deduir decisions correctes a partir de normes jurídiques predeterminades emprant solsament medis lògics; i e) els judicis morals no poden ser establerts, a diferència de les manifestacions de fet, mitjançant arguments o proves racionals.

<sup>21</sup> Hans Kelsen, en la *Teoria Pura del Dret*, pren com a noció de la norma bàsica (*Grundnorm*) una norma hipotètica, que els juristes pressuposen, a partir de la qual deriven l'autoritat o obligatorietat de tota la jerarquia de normes inferiors en tot sistema jurídic, començant pel dret constitucional.

<sup>22</sup> La relació entre moral, dret i ètica constitueix una de les grans pedres de toc de les escoles de filosofia jurídica i sobretot dels partidaris del dret natural, basada en la moral, i els positivistes que creuen que el dret és un fenomen purament social, que no hi ha connexió entre dret i moral i que les lleis són fetes d'acord amb regles socialment acceptades, malgrat que els positivistes moderns (Joseph Raz, John Gardner i Lelsie Green) accepten alguna relació entre la moral i el dret. Així, Ronald Dworkin atacava a Hart i demés positivistes pel seu refús a considerar el dret com una matèria moral.

<sup>23</sup> El *legal realism* (realisme jurídic), teoria desenvolupada als Estats Units en la primera meitat del s. XX (realisme americà) i a Escandinàvia (realisme escandinau), parteix del principi de que la llei està feta per éssers humans i per tant subjecte a debilitats, fragilitats i imperfeccions humanes. Els seus principals exponents són: als EEUU, Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis i Hohfeld Wesley, i també Jerome Frank, Karl Llewellyn, Wesley Sturges i Morris i Felix Cohen. A Escandinàvia el principal és Axel Hägerström.

<sup>24</sup> Els *critical legal studies* (estudis jurídics crítics), filosofia que nasqué a l'escola de Harvard entre 1970-1980, nega al dret i a les decisions judicials qualsevol caràcter especial que les separi de la política i de les decisions polítiques, doncs manté que el dret és política disfressada i que les seves pretensions d'objectivitat i política transcendent no són certes. El seu principal defensor és Roberto Unger, «Critical legal studies», *Harvard Law Review*, 1983, pp. 161, 561, 592, 607.

terpretació econòmica del dret<sup>25</sup>), penso que el nostre ingressant es situa al bell mig entre l'escola del neopositivisme i la del realisme jurídic, més nord-americà que escandinau.

3.6. En efecte, en primer lloc, Sancho Gargallo descriu amb esperit crític la postura legalista, sorgida després del *Code Napoleon* que *deseimbocó* —diu— *en una exaltación de la obra del legislador: recoger en códigos perfectos el contenido de todo el derecho ideal y racional ... En este contexto, el juez vendría a ser un mero aplicador de la ley al caso concreto que se le presenta, a través de una subsunción lógica, ajena a cualquier opción valorativa, de un supuesto fáctico concreto en una premisa normativa, de la que se deduciría la solución al caso a modo de conclusión.*

*El juez se concebía, y en parte sigue siendo así —afegeix— como un funcionario más, encargado de aplicar la ley, aséptico y neutral, como quien manipula un material ajeno, con un cariz eminentemente «técnico». A este juez ya no le correspondería la función de decir el derecho («juris-dictio»), ... sino que sería un mero altavoz que pronuncia las palabras de la ley.* Aquest jutge és el que Montesquieu denomina la *bouche de la loi* (*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*)<sup>26</sup>. El jutge es veu obligat a aplicar al cas concret una regla general definida íntegrament pel legislador, mitjançant un raonament sil·lògic i anul·lant *de facto* el poder del jutge.

3.7. Sancho Gargallo analitza igualment les postures a l'altre extrem de l'espectre, és a dir, el «judicialisme» que només considera dret el decidit pels jutges, sigui quin sigui el seu contingut<sup>27</sup>. En aquest sentit, una de les premisses de què parteix el realisme jurídic és la primacia de l'activitat judicial en la creació del dret.

En aquest extrem es situa l'«escola de jurisprudència sociològica» americana amb els grans jutges Oliver W. Holmes<sup>28</sup>, Roscoe Pound i Benjamin Cardozo<sup>29</sup>, seguits darrerament per William Brennan<sup>30</sup>. Tots ells influenciats per Rudolf von

---

<sup>25</sup> L'*economic analysis of law* (interpretació econòmica del dret) és una filosofia utilitarista —continuadora de Bentham i Mill— que sosté *the maximization of wealth as the best key to successful lawmaking* (la maximització de la riquesa com la millor clau per una legislació exitosa). El seu principal cultivador és el professor, jutge i prolífic escriptor Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 1973.

<sup>26</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1862, llibre 11, cap. 6.

<sup>27</sup> El president del TS dels EEUU Hugues deia: *the Constitution is whatever the judges say it is*. Oliver W. Holmes, «The path of the law», 10 *Harvard Law Review*, 1897, p. 457: *when we study law, we are not studying a mystery ... The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts*. Alvaro d'Ors, *Nueva institución*, p. 62, defineix el dret com: *aquello que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles*.

<sup>28</sup> Richard POSNER, *The essential Holmes*, 1992.

<sup>29</sup> Benjamin CARDOZO, «A fruitful parent of injustice is the tyranny of concepts».

<sup>30</sup> Ruggero J. ALDISERT, «The Brennan legacy: the art of judging», *Loyola of los Angeles Law Review*, abril 1997, p. 676.

Jhering, el fundador de l'escola utilitària social alemanya a finals del s. XIX. Jhering<sup>31</sup> va refusar l'aleshores prevalent *Begriffsjurisprudenz* o «jurisprudència de conceptes», en la que el jutge dedueix les seves decisions mitjançant un procés purament lògic i mecànic, i la substitueix per una *Wirklichkeitjurisprudenz* o «jurisprudència de resultats», on els preceptes legals són contrastats amb els resultats. És a dir, una aplicació pràctica, enlloc d'una deducció lògica.

En la línia de Jhering, Pound abogà pel «pragmatisme», refusant la «jurisprudència de conceptes» i la «jurisprudència mecànica» i, en un article sobre *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*<sup>32</sup>, sostenia que «la causa més important i més constant d'insatisfacció en el dret de tots els temps es troba en l'operació mecànica de les regles jurídiques». Per la seva part, Cardozo<sup>33 34</sup>, adoptant també el mètode sociològic, diu que *the final cause of law is the welfare of society. The rule that misses this aim cannot permanently justify its existence* (la causa final del dret és el benestar de la societat. La norma que oblida aquest objectiu no pot justificar permanentment la seva existència). Així, Holmes, Pound i Cardozo establiren les bases de la moderna jurisprudència nord-americana, que obliga als jutges a considerar l'efecte de les seves decisions sobre la societat i el seu benestar, subscriuint l'utilitarisme de Bentham («l'objectiu del dret és obtenir la màxima felicitat del més gran nombre de persones»)<sup>35</sup> enlloc de sotmetre's a la jurisprudència mecànica de conceptes legals<sup>36 37</sup>. Aquest mètode sociològic que Holmes, Pound i Cardozo aplicaren a les noves qüestions que sor-

---

<sup>31</sup> Rudolf JHERING, *El dret com a medi per a un fi*, 1903, pp. 9-10 i 271-7.

<sup>32</sup> Roscoe POUND, «The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice», *American Law Review*, 1906, pp. 729-31.

<sup>33</sup> Benjamin CARDOZO, *The nature ...*, p. 66.

<sup>34</sup> Benjamin CARDOZO, *The nature ...*, pp. 104-5, 112: *Law is, indeed, an historical growth, for it is an expression of customary morality, which develops silently and unconsciously from one age to another. My analysis of the judicial process comes then to this, and little more: logic, and history, and custom, and utility, and the accepted standards of right conduct, are the forces which singly or in combination shape the progress of the law. Which of these forces shall dominate in any case, must depend largely upon the comparative importance or value of the social interests that will be thereby promoted or impaired.*

<sup>35</sup> Ruggero J. ALDISERT, op. cit., p. 677.

<sup>36</sup> Benjamin CARDOZO, *The nature ...*, p. 150: *I am ready to concede that the rule of adherence to precedence, though it not to be abandoned, ought to be to some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment.*

<sup>37</sup> El filòsof que probablement ha influït més la filosofia del dret en el s. XX és John Rawls que sosté també postures utilitaristes, al mantenir que el dret ha de ser configurat de manera que produeixi les millors conseqüències pel més gran nombre possible de persones. Segons el «principi de diferència», Rawls diu que, si ens situéssim en una posició original en la que no ens influïssim la nostra raça, sexe, riquesa, o altra circumstància, de manera que no estiguéssim subjectes a cap perjudici, sens dubte tots escolliríem un sistema que atorgués les mateixes llibertats polítiques a tothom (com la llibertat d'expressió, el dret de vot, etc.). Igualment recolzaríem un sistema on l'única desigualtat acceptable fos la que permetés produir incentius suficients pel benestar de tota la societat, especialment pels pobres.

geixen del dret, Brennan les amplia a les normes anteriors que no s'adapten al ritme dels estàndards morals d'una comunitat en desenvolupament.

El sistema realista nord-americà d'alguna forma s'aproxima al romà de la *juris prudentia*. Oliver W. Holmes deia que *the life of the law has not been logic; it has been experience* (la vida del dret no ha sigut la lògica; sinò l'experiència) i que *a page of history is worth a volume of logic* (una pàgina d'història equival a un volum de lògica)<sup>38 39</sup>.

3.8. Entre aquestes dues postures antipòdiques —legalisme positivista i realisme—, Sancho Gargallo es situa —penso— en una postura intermèdia, que ell denomina «activitat prudencial». En efecte, Sancho reitera, per una banda, que *la labor de enjuiciamiento es una actividad eminentemente valorativa y por ello subjetiva. El juez no se limita a leer un texto legal y aplicarlo mecánicamente, sino que se esfuerza en solucionar un problema... Esta labor es propia de la razón práctica, también llamada prudencial...* I, per altra banda, afirma que, *sin caer en un judicialismo ... la labor de enjuiciamiento exige del juez una actividad prudencial... Ya no se trata de que se aplique realmente la ley, sino que la decisión del caso tiene que aparecer fundamentada en ella. El derecho deja de ser «ratio» aplicada para convertirse en decisión prudencial racionalmente controlable, a través del cumplimiento de la exigencia constitucional de su motivación (art. 120 CE). Es precisamente a esta actividad prudencial del juez... a la que se refiere el título de este discurso. La «prudentia juris» constituye una tercera acepción del término jurisprudencia, más cercano al significado etimológico del término: «iuris prudentia», la prudencia jurídica o, mejor dicho, prudencia de lo justo («ius-iuris»).*

#### 4. Segon capítol (Significado etimológico y originario de la *juris prudentia*)

*Ora chi ci salverà dal governo dei giudici?*  
Stefano Jovenzetto<sup>40</sup>

4.1. En el Capítol II, Sancho Gargallo recorda que la prudència és una virtut moral de la intel·ligència<sup>41</sup> que en l'antiguitat clàssica s'identificava amb un saber pràctic, saber obrar bé. Aquest saber prudencial posseïa una dimensió ètica de la que mancaven altres sabers com la ciència o la tècnica.

<sup>38</sup> Oliver W. HOLMES, *New York Times Co v. Eisner*, 286 US 345, 349 (1921).

<sup>39</sup> Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *Vol de nuit*, 1931: *c'est l'expérience qui dégagera les lois, la connaissance des lois ne précède jamais l'expérience.*

<sup>40</sup> Stefano JOVENZETTO, «Eluane, un caso di imperialismo giudiziario», *Il Gironale IT*, 15 febrer 2009.

<sup>41</sup> Alvaro d'ORS, op. cit., p. 25: «la Prudencia es la virtud intelectual que nos indica lo que debemos hacer y lo que no debemos hacer. Por lo que al derecho afecta, la Prudencia se presenta en forma de *eubulia*, es decir, de Prudencia para dar respuestas acerca de los conflictos propios del derecho, pero también como *synesis*, que es la Prudencia para enjuiciar bien quien tiene el encar-

Citant Aristòtil, compara la prudència (*phronesis*) (que pel filòsof peripatètic és una disposició pràctica acompanyada a la regla vertadera que té per objecte el que és just, honrós i bo per l'home) i el dret que, més que la justícia en general (*dikaïosuné*), és el que és just concret (*to dikaion*). Aquesta concepció va passar a Roma. La «*juris prudentia*», en la època clàssica del dret romà —sosté— no serà més que el arte de sugerir lo que hay que conseguir o evitar en el ámbito jurídico ... La «*juris prudentia*» para los romanos no tiene un fin especulativo, no es una ciencia en el sentido de búsqueda de una verdad objetiva, sino más bien una actividad intelectual dirigida a conseguir lo que es justo y oportuno en la convivencia social<sup>42</sup>. De este modo, el jurisprudente no pretende investigar una verdad objetiva a través de la elaboración lógica, sino alcanzar un resultado práctico, como la actuación de la justicia en la convivencia social...

És a aquesta prudència que es refereix el Digest al dir *qui et voluntate iudicium magis quam legitima auctoritate litis dirimebantur* (i, per aquesta raó, els conflictes es resolien més per la bona disposició dels jutges que per l'*auctoritas* del dret)<sup>43</sup>.

4.2. Sancho Gargallo fa notar també la distinció a Roma entre l'*auctoritas*, de la que disposa el jutge (*juris prudens*) i la *potestas* que ostentava un funcionari (el pretor). El magistrado (el Pretor de Roma) —diu— instruía la instancia, autorizaba el proceso, lo prejuzgaba en cierto modo («*ius dicere*»); y, una vez formalizado el litigio en el contrato procesal («*contestatio litis*»), el asunto pasaba al juez privado, que las partes habían nombrado libremente. El juez tenía que recibir las pruebas dispuestas por las partes, si bien conservaba libertad para valorarlas sin tasas ni presunciones fijas, y, finalmente, declaraba su opinión, sin especiales formalidades. Con su opinión («*sententia*»), la «*res*» quedaba «*judicata*»...

Avui en dia, el jutge actual reuneix ambdues facultats abans separades: l'*auctoritas* i la *potestas*. Però la distinció resulta manifesta en l'arbitratge. En efecte, l'àrbitre (que és un jutge privat) frueix de l'*auctoritas*, que ostenta per virtut de la voluntat de les parts, i per això pot dictar el laude en base a aquesta autoritat amb efectes de *res judicata*. Però, si el laude no es compleix voluntàriament, les parts han de recórrer a l'auxili judicial i a la *potestas* del jutge per a que l'executi.

4.3. Permetin-me aquí una digressió sobre el *judicial activism* (activisme judicial) tan debatut en el món anglosaxó. Front al seu antònim, la *judicial restraint*

---

go de juzgar; del mismo modo que la *gnome* es la Prudencia de gobernar bien quien tiene el encargo de mandar. Pero, en razón del objeto a que se refiere, la virtud de la Prudencia del juicio o del asesoramiento del juicio se puede llamar Prudencia del Derecho en general, es decir, como decían los romanos y seguimos diciendo hoy: Jurisprudencia, que definían aquellos como la ciencia de lo justo y de lo injusto».

<sup>42</sup> CELSO, citat per Ulpia, *Digest*, 1,1,1: *ius est ars boni et aequi*.

<sup>43</sup> JUSTINIÀ, *De confirmatione digestorum*, 533, 17.

(restricció judicial), l'activisme judicial, filosofia de la presa de decisions judicials influïda per les conviccions personals, polítiques i religioses del jutge més que en la legislació vigent, impacta en la interpretació constitucional, la construcció legal i la separació de poders<sup>44</sup>.

Els detractors de l'activisme judicial el critiquen perquè sostenen usurpa el poder dels poders electes del govern, perjudicant l'estat de dret i la democràcia. En canvi, els seus defensors entenen que tots els jutges són d'una manera o altra activistes<sup>45</sup> i que la interpretació de la llei necessita evolucionar amb els temps canviants. Consideren que un poder judicial independent és un actiu per a la societat civil; que proporciona *checks and balances* (controls i equilibris) i limita el poder dels polítics elegits; que sovint els actes de l'òrgan legislatiu reflecteixen l'opinió d'una majoria transitòria i no necessàriament la que el propi òrgan legislatiu té en el moment de promulgar-se la llei; i que les grans empreses es veuen impedides d'imposar la seva interpretació constitucional amb l'amenaça de suspendre les donacions polítiques.

De les tres branques del poder de l'Estat, dues són democràticament elegides i la judicial no ho és, perquè, com creia el president Jefferson<sup>46</sup>, al poble li és difícil jutjar sobre la ciència i les qualificacions dels jutges. L'activisme judicial fa sorgir el temor del «govern dels jutges» que, mitjançant la interpretació de les normes, realment legislen, la qual cosa té un conflicte amb els principis de la democràcia representativa. El president Mitterrand<sup>47</sup> aconsellava que, *disposant de grands pouvoirs, le conseil constitutionnel doit à tout prix éviter de s'ériger en gouvernement des juges*.

La distinció entre interpretació i creació del dret dins la funció judicial ha sigut objecte també d'extensa atenció al Regne Unit. Tom Bingham, Senior Law Lord d'Anglaterra<sup>48</sup>, distingeix quatre escoles de pensament: a) la primera sosté que els jutges no tenen cap funció legislativa, ja que la seva missió és la d'aplicar el dret i no la de decidir el que el dret ha de ser, que és funció exclusiva del Parlament, d'altra manera es cau en una «usurpació descarada de la funció legislativa sota la fina disfressa de la interpretació»<sup>49</sup>; b) la segona reconeix que els jutges sí que fan dret, però els commina a que aquesta funció es realitzi en el possible de

---

<sup>44</sup> Ramon MULLERAT, «El activismo judicial», *La Vanguardia*, 29 juny 2009.

<sup>45</sup> Lord SCARMAN, *Duport Steels Ltd. v. Sirs*, 1980: *Judges are in their different ways judicial activists*.

<sup>46</sup> Thomas JEFFERSON, *Carta a A. Coray*, 1823. ME 15:482: *with us, all the branches of the government are elective by the people themselves, except the judiciary, of whose science and qualifications they are not competent judges. Yet, even in that department, we call in a jury of the people to decide all controverted matters of fact, because to that investigation they are entirely competent, leaving thus as little as possible, merely the law of the case, to the decision of the judges*.

<sup>47</sup> François MITTERRAND, *Discours, entretiens et autres services*.

<sup>48</sup> Tom BINGHAM, op. cit., p. 25.

<sup>49</sup> *Magor and St. Mullows Rural District Council v. Newport Corp*, 1952.

forma encoberta i imperceptible pel públic; i c) la tercera escola, a la que la majoria dels jutges del *common law* pertanyen, reconeix que els jutges creen dret, que considera una funció judicial apropiada, sempre que s'executi dintre de certs límits.

La realitat és que molts dels assoliments socials recents dels països anglosaxons són deguts a l'activisme judicial. Així, els grans casos que han fet progressar el dret anglès —*Ashby v. White* 1703, *Paisley v. Freeman* 1789, *Donahue v. Stevenson* 1932— han sigut obra de jutges amb visió progressista i el gran revolucionador de la jurisprudència anglesa, Lord Denning, fou paradigma de la dinàmica creativa del dret. I pel que fa als EEUU, *Brown v. Board of Education*, 1954 en el que el Tribunal Suprem va ordenar la desagregació de les escoles públiques; *Roe v. Wade*, 1973 discriminant l'avortament; *Citizens United v. Federal Election Commission*, 2010 anul·lant les limitacions imposades pel Congrés a les donacions polítiques de les empreses, en són exponents.

## 5. Capítol tercer (*Olvido de la prudentia juris*)

*Litigation is the pursuit of practical ends, not a game of chess*  
*Felix Frankfurter*<sup>50</sup>

5.1. El Capítol III lamenta l'abandó de la *prudentia juris* original i la seva substitució per una tecnificació del dret, fenomen ja produït a Roma al s. III i accentuat a l'estat modern.

Sancho ens recorda que el científisme i el pragmatisme han fet oblidar el saber prudencial en el dret tal com ha ocorregut en la moral i en la política. La desnaturalització de la *juris prudentia*, reduïda a mera «tècnica jurídica», és conseqüència de la burocratització de l'ordre públic que va conduir a la monopolització de la jurisprudència per l'estat: els prudents desapareixeren per deixar pas als funcionaris i la funció del magistrat i del jutge es van fondre en una única. Els magistrats es van fer jutges.

*Este abandono de la visión de la actividad jurídica concebida como búsqueda prudencial («juris-prudentia») de la solución de un problema social —diu— se acentuó con el nacimiento y desarrollo del Estado moderno, que trajo consigo una justicia y una administración racionalizadas y servidas por funcionarios, y con ellos empieza a prodigarse un saber jurídico puramente empírico, rutinario, limitado a manuales, a extractos legales, a formularios, a instrucciones, a aforismos... En este proceso, los clásicos axiomas o principios jurídicos, formularios en forma de sentencias, aforismos o máximas («brocarda» o «generalia») se convirtieron en meras expresiones técnicas o recursos pedagógicos, cuando no en co-*

---

<sup>50</sup> Felix FRANKFURTER, *News Summary*, 9 agost 1964.

*bertura de la pereza del pensar jurídic y signo de la decadencia de la Ciencia del Derecho.*

6. *Quart capítol (Dialèctica aristotèlica y pensamiento aporético)*

*La virtut de la justícia pertany al domini públic,  
és la noció de «just» el que introdueix un ordre dins la comunitat política,  
i el poder judicial marca la frontera entre el just i l'injust  
Aristòtil<sup>51</sup>*

6.1. És evident que el dret forma part de les ciències morals. Aristòtil en l'Ètica a Nicòmac<sup>52</sup>, que constitueix el seu principal tractat de dret, considera «el just» com una virtut moral, un bell mig entre dos vicis oposats, com passa amb les altres virtuts.

6.2. En el Capítol IV, Sancho Gargallo analitza la doctrina d'Aristòtil i recorda com en el seu tractat de lògica (*Organum*), distingia entre uns raonaments analítics (que parteixen d'unes premisses necessàries i vertaderes i condueixen a conclusions igualment necessàries i vertaderes) i els raonaments dialèctics (que no s'erigeixen a establir demostracions científiques, sinó a guiar deliberacions i controvèrsies i tenen per objecte persuadir mitjançant la crítica de les tesis adverses i la defensa de les pròpies)<sup>53</sup>.

El discurs presenta la dialèctica o art de la discussió com el millor mètode per assolir la solució d'una controvèrsia jurídica equitativa, raonable i exemplar. Les conclusions dialèctiques i retòriques poden il·luminar *topoi* (tòpics)<sup>54</sup> o punts de vista acceptables universalment segons Aristòtil, que s'empren en favor i en contra de l'opirable i que condueixen a la veritat.

Avui ningú nega<sup>55</sup> que el raonament jurídic i la producció de decisions judicials estan basats en un context de debat i de controvèrsia on un proponent i un

---

<sup>51</sup> ARISTÒTIL, *Política*.

<sup>52</sup> ARISTÒTIL, *Ètica a Nicòmac*, llibre II, cap. 6. Alessandro Giuliani, «The Aristotelian theory of the dialectical definition», *Philosophy and rhetoric*, vol. 5, n.º 3, The Pennsylvania State University Press.

<sup>53</sup> La dialèctica és una de les ciències o «arts liberals» del *trivium*. En l'edat mitja, les 7 ciències o «arts liberals» es dividien en el *trivium* (Gramàtica, Retòrica, Dialèctica) i *quadrivium* (Aritmètica, Geometria, Astronomia i Música).

<sup>54</sup> Sobre els *topoi*, vid. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1953. García de Enterría, op. cit., p. 55: *el pensamiento tópico, cuya singularidad era perfectamente conocida por la filosofía antigua, que lo incluía como una parte de la retórica, y alrededor del cual precisamente se construyó la técnica jurídica de los romanos y que siguió presidiendo conscientemente la gran obra de los juristas del Derecho común «more italicus». Esta técnica de pensamiento, alrededor de los «topoi», o «loci communis» revelados por la experiencia («sedes a quibus argumenta promuntur») fue desvalorizada por el cartesianismo.*

<sup>55</sup> Evelin FETERIS i Henry PRAKKEN, «Introduction: Dialectical legal argument: Formal and informal models». *Analytical intelligence and law*, 2000, pp. 103-110. Eugene GARVER, «Comments on rhetorical analysis within a pragma-dialectic framework» *Argumentation*, 2000, vol. 14, n.º 3, pp. 307-14.



ponent discuteixen sobre la substanciació d'una reclamació. L'art de la dialèctica com a mètode de resolució de disputes s'evidencia ja a Roma per la noció que els romans tenien de la funció de l'advocat absolutament vinculada a la dialèctica. Així, Quintilià<sup>56</sup> definia l'advocat com *vir bonus disceptandi peritus, qui non solum scientia et omnia facultate dicendi perfectus, sed moribus*.

Sancho Gargallo senyala que ... *la posición del juez actual no es la misma que el jurisprudente romano, ... sin perjuicio del desarrollo de la prudencia, su legitimación es constitucional y está sometido al imperio de la ley (art. 117 CE); opera en un ordenamiento jurídico muy normativizado, que arrastra un cúmulo considerable de resoluciones judiciales y se encuentra envuelto, ... por un estudio doctrinal de los autores que contribuye, no sólo al conocimiento, sino también a la propia formación de la ciencia del derecho ... Su misión no es realizar «inmediatamente» la justicia, sino que tiene que alcanzar una resolución que ... esté de acuerdo con las reglas ...; en segundo lugar, para que así su fallo, además de «acertado», sea «justo», es decir «recto»... el juez precisa de una ciencia del derecho, que no sólo le proporcione las reglas y las normas de decisión particulares, así como también le esclarezca las valoraciones a ella subyacentes y las relaciones, grados, dependencias y limitaciones recíprocas y la armonía de los principios jurídicos, instituciones jurídicas y regulaciones.*

6.3. El discurs fa un clarificador resum de les fases evolutives de la ideologia judicial moderna: *En la primera, antes de la Revolución Francesa, el razonamiento judicial pone el acento sobre el carácter justo de la solución y apenas concede importancia a la motivación, aunque estaba ligado por la idea de justicia que exige el trato igual de casos esencialmente similares*<sup>57</sup>. *Después de la Revolución Francesa (la segunda) ..., al colocarse en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento. Y, en la tercera, asistimos a una reacción que confía al juez la misión de buscar, para cada litigio particular, una solución equitativa y razonable, aunque demandándole que se mantenga, para llegar a ello, dentro de los límites que su sistema de derecho le autoriza a hacer. Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley, se le permite flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los principios generales del derecho y por la toma en consideración de tópicos jurídicos*<sup>58 59</sup>.

---

<sup>56</sup> Quintilià, *Institu Orat*. David Pujante, *El hijo de la persuasión. Quintiliano y el estatuto retórico*, 1996.

<sup>57</sup> Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, 1984, p. 17: *la instauración del Estado legislador, llevada a término por la Revolución francesa, trajo la pretensión nueva de reducir el Derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas y la exclusión en él de toda referencia al valor material de la justicia, que únicamente al legislador, y no al aplicador del Derecho, corresponde atender.*

<sup>58</sup> No obstant, la rigidesa de la llei és encara sostinguda. Així, per exemple, Dominique Villepin, primer ministre francès (*Le cri de la gargouille*) : *le droit devient moyen quand le juge se de-*

6.4. Per la seva banda, l'actual filosofia del dret angloamericà refusa la noció de que hi hagi una única resposta correcta a cada problema jurídic i a la del jutge perfectament imparcial (i àdhuc agnòstic)<sup>60</sup>. Així, Chayes i Fiss<sup>61</sup> han propugnat un *public law structural model* («model estructural de dret públic») que considera que el jutge és també defensor de drets públics, de manera que no deu només remeiar danys passats, sinó promoure un canvi social estructural, i que l'actitud judicial políticament neutral constitueix una abdicació objectionable de la funció judicial. Judith Resnik<sup>62</sup>, per la seva part, identifica un altre rol: el *managerial judge* («jutge gestor») en el que el jutge encoratja a les parts a dialogar i transigir i, en aquest rol, no actua mogut pels arguments o peticions de les parts, sinó per la seva pròpia iniciativa. William Rubenstein<sup>63</sup> parla del *transactional model* («model transaccional»), sobre tot en les modernes *class actions*, que tenen més en comú amb els acords comercials que amb el sistema tradicional de litigis, perquè accentua el control del procediment per les parts i limita la missió judicial a beneir els acords ratificant un resultat negociat. Finalment, a França, Jean Michel Darrois<sup>64</sup>, redactor de l'informe sobre la justícia per encàrrec del govern, veu la possibilitat de que apareguin noves autoritats reguladores com passa ja en matèria econòmica (IFA, AMF), més properes i coneixedores de les persones i els mercats, on els jutges es limitarien a verificar l'actuació d'aquestes autoritats. Tot això demostra que la funció del jutges no és estàtica, sinó que evoluciona amb les tendències socials i polítiques i les adaptacions creatives i evolutives.

---

*pouille de son rôle d'arbitre pour revêtir la tunique de combat du justicier. Le plus souvent, il se met au service d'une croisade menée au nom de la morale alors que sa légitimité ne repose que sur le respect en la loi.*

<sup>59</sup> El sistema dialèctic, com a millor sistema per la resolució de disputes front al sistema analític, no és solsament el preferit per les tradicions romana i anglosaxona, doncs altres tradicions jurídiques semblen també prioritzar-lo. Així, en el món de la *sharia* islàmica s'ha discutit entre els comentaristes medievals i moderns si les *qiyas* (la *qiyas* (قياس) és el procés de raonament analògic en què les ensenyances dels *hadices* es comparen i contrasten amb les de l'Alcorà, és a dir, per tal de fer una analogia amb una ordre judicial coneguda (*nass*) a una nova ordre judicial fan referència al raonament analític, al raonament inductiu o sil·logisme categòric. Ibn Hazm opinava que les *qiyas* no es refereixen al raonament inductiu sinó al sil·logisme categòric en un sentit real i al raonament analògic en un metafòric. En canvi, Ghazali sostenia que les *qiyas* fan referència al raonament analògic en un sentit real i al sil·logisme categòric en un sentit metafòric i altres comentaristes islàmics pensen que el terme de *qiyas* es refereix a la vegada al raonament analític i al sil·logisme categòric en un sentit real.

<sup>60</sup> Leufsdorf diu que la moderna psicologia ha provocat un canvi en la percepció de la inclinació judicial (*judicial bias*) de l'«home econòmic» del s. XVIII, només susceptible als atractius de l'interès econòmic, a la persona freudiana d'avui, immersa en un mar de motius conscients i inconscients. Citat per Catherina Rogers, «Regulatory international arbitrations: A functional approach to developing standards of conduct», 41 *Stanford Journal of International Law*, 2005, p. 53.

<sup>61</sup> Abram CHAYES, «The role of the judge in public law litigation», 89 *Harvard Law Review*, 1976, p. 1281.

<sup>62</sup> Judith RESNIK, «Managerial judges», 96 *Harvard Law Review*, 1982, pp. 374, 390, 425-7.

<sup>63</sup> William RUBENSTEIN, «A transactional model of adjudication», 89 *Georgia Law Journal*, 2001, pp. 371-2.

<sup>64</sup> Jean Michel DARROIS, «L'avenir du droit», a Jacques Attali, *Le sens des choses*, 2009, p. 305.

6.5. Parlant del futur de l'utilitat del dret, Jean Michel Darrois<sup>65</sup> remarca com els redactors del *Code Civil* explicaven —a través de Portalis— que la llei devia regir les masses, mentre que la jurisprudència devia regular les situacions individuals. Les lleis eren estables i clares. Avui les lleis no són estables perquè el legislador reacciona a cada catàstrofe, a cada escàndol, a cada vegada que la llei sembla inadaptada —diu— i es veu multiplicar-se lleis més i més llargues i il·legibles. El professor Soyer ha comparat la Declaració d'Independència americana, que compta poc més de 200 paraules amb una circular de 1980 regulant la comercialització dels ous d'ànec que excedeix de 70.000 paraules. Això comporta una jurisprudència cada vegada més incompreensible, aleatòria i imprevisible el que fa pensar en la necessitat de tornar a regles simples.

## 7. Capítol cinquè (*Carácter eminentemente valorativo del enjuiciamiento*)

*Judex ex conscientia judicare debet*  
Azón<sup>66</sup>

7.1. L'acadèmic ingressant analitza les tres fases del procés mental seguit pel jutge: a) la constatació dels fets i la seva qualificació jurídica<sup>67</sup> (*ex facto, oritur jus*); b) la recerca de la regla jurídica aplicable; i c) la conclusió o «fallo», passos indissolublement units. *Juzgar es, pues, una labor eminentemente valorativa*, diu l'acadèmic.

7.2. La cerca de la norma jurídica aplicable —explica— *encierra numerosos juicios de valor, que presumen el conocimiento de las leyes y demás normas jurídicas que regulan la materia, y pueden referirse a la apreciación de la existencia y alcance de un acuerdo de voluntades que constituya ley para las partes; el carácter imperativo o potestativo de la norma legal; la discusión acerca de su interpretación (gramatical, lógica, sistemática y finalista), sobre todo cuando se precise desentrañar la «mens legis»; la resolución de las contradicciones entre leyes o de la ambigüedad de la norma; y las formas de salvar las lagunas de la ley.*

Cita al professor Taruffo, dient que *no es posible, pues, deslindar la «questio facti» de la «questio juris», porque, al interpretar la primera se lleva a cabo, ordinariamente una operación de valoración jurídica, de la misma manera que, al interpretar la norma, no pueden perderse de vista los hechos...*

---

<sup>65</sup> Jean Michel DARROIS, op. cit., p. 296.

<sup>66</sup> AZÓN, *Brocarda*, rúbrica 20.

<sup>67</sup> Tom BINGHAN, op. cit., p. 3, diu que pel jutge, la resolució de les qüestions de fet és freqüentment més difícil i exigent que la decisió dels punts purs de dret, i cita a Cardozo (*The nature of the judicial process*, 1921, pp. 128-129): «els plets són experiències rares i catastròfiques per la immensa majoria dels homes i, quan s'esdevé la controvèrsia, el més sovint es centra no en el dret, sino en els fets».

García de Enterría<sup>68</sup> recorda que Geny a França, von Bulow, Reichel i Isay, en el món germànic, i Pound i Cardozo, en l'anglosaxó, coincideixen en que, en tota decisió judicial, es reproduceix, en major o menor mesura, el procés de creació o producció del dret; que hi ha necessàriament una conformació valorativa de la norma; i que entranya una decisió originària sobre l'ordre jurídic<sup>69</sup>.

7.3. Poc pot aquest advocat contestant pontificar sobre el procés d'enjudiciament després de les eloqüents disquisicions d'un jutge tan vocacional i amb tanta experiència. Però permetin-me una petita història personal. El meu pare, Josep Mullerat Soldevila, exercí com advocat a Tarragona. No era jutge, però era un bon advocat segons la definició de Quintilià i sovint era invitat a «formar sala» com a magistrat suplent. Una vegada em va convidar a assistir a un judici en el que ell intervenia. Es tractava d'un furt d'unes caixes de pots de llet per un petit lladregot. La sentència fou d'alguns dies d'arrest. Jo li vaig preguntar, «papà, com es fan les sentències? Apliqueu els dies de pena que el Codi Penal prescriu, li sumeu els dies per raó dels agreujants i la reduïu per raó dels atenuants, i així, la sentència surt fruit de sumes i restes?». «No és així», em va contestar. «Després de conèixer els fets i la seva prova, generalment ens formem una idea del “fallo” i aleshores procurem construir els “sumandos”». És possible que els jutges que em sentin —experts en l'art de judicar— arrufin les celles. No sé si *e ben trovato, ma e vero*<sup>70 71</sup>.

7.4. Com no podia ser menys, el discurs fa referència a la labor interpretativa del dret pel jutge (*judex est interpretes justitiae*<sup>72</sup>). Sempre m'ha fet gràcia el brocard *in claris not fit interpretatio* (art. 1281 CC), perquè, per decidir si alguna cosa és clara o no es precisa la interpretació. Calamandrei —en el seu deliciós *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*<sup>73</sup>— recorda la màxima napolitana segons la qual *le legge si aplicano; per gli amici si interpretano*. La realitat és que els jutges han d'interpretar sempre la norma.

La interpretació del dret, ha fet córrer tones de tinta (avui de *bytes*). Davant d'un text jurídic, el jutge es troba en una situació comparable, segons la clàs-

---

<sup>68</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 21.

<sup>69</sup> LARENZ, *Methodenlehre*, p. 274: «la interpretació és una activitat creadora». Citat per Catherine Rogers, «Regulatory international arbitrations ...», p. 53.

<sup>70</sup> Això em recorda el que diu la Reina de Cors en el procés contra la Sota de Cors (Lewis Carroll, *Alice in wonderland*, 1943, cap. 12): *sentence first, verdict afterwards* («primer que s'executi la sentència, després que vingui el veredict sobre culpabilitat»). La Sota de Cors estava acusada de robar uns pastissos de la Reina de Cors, quan de fet havia sigut Alícia la que els havia prés. La Reina ja s'havia fet el propòsit i volia que la Sota fos decapitada. Quan el Rei demana que el jurat consideri el seu veredict, la Reina s'hi oposa i ordena que primer s'executi la sentència i que el veredict ja vindrà després.

<sup>71</sup> Penso que aquest sistema és un sistema propi de l'escola realista. Donald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. 47, diu que, en realitat, els jutges decideixen els casos d'acord amb els seus propis gustos polítics o morals i després, com a racionalització, escullen una regla jurídica apropiada.

<sup>72</sup> Sant Tomàs d'AQUINO, *Summa Theologica*, 2-2, q. 67, a 3 c.

<sup>73</sup> Piero CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*.

sica metàfora, a la d'un músic front a la partitura, l'execució de la qual pot prestar-se a tot tipus de variants. Al posar el text jurídic en solfa, per la vibració de les cordes de la seva jurisprudència, el jutge l'enriqueix i li dona vida. Lògicament, a força d'innovacions jurisprudencials, el text de la norma pot acabar desapareixent sota les interpretacions que ha rebut, com un palimpsest, que ha sigut raspat per escriure-hi un text nou<sup>74</sup>. L'escriptor francès J. Giradoux<sup>75</sup> fa dir a Hèctor, l'heroi de la *Iliada*, que *le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination ... jamais personne pourra interpreter la nature aussi librement qu'un juriste la réalité*. I, podria afeïgir-se, que un jutge la llei<sup>76</sup>.

7.5. En el món anglosaxó hi ha una extensa literatura sobre *the art of judging* (l'art de jutjar)<sup>77</sup>. En la segona conferència sobre *The nature of the the judicial process*<sup>78</sup> titulada *The methods of history, tradition and sociology*, Cardozo ressaltava el sistema evolutiu de les normes quin significat avui no sempre és el mateix que el de l'endemà, fent referència a la doctrina francesa del *sens evolutif* i diu que els nous temps i noves costums requereixen noves regles i noves interpretacions. Per això, els tribunals són lliures d'establir els límits de les immunitats individuals per formar els seus judicis d'acord amb la raó i la justícia. Això no vol dir que, al jutjar sobre la validesa de les lleis, els jutges siguin lliures de substituir les idees de raó i de justícia dels homes i dones als que serveixen per les seves pròpies idees. El seu estàndard ha de ser un estàndard objectiu. El que compta no és el que jo crec ser just, sinó el que jo puc creure que una persona d'intel·lecte i consciència normals puguin considerar que és correcte.

7.6. Sens dubte el tema més debatut en el dret constitucional americà és la funció que desenvolupa el Tribunal Suprem (TS) en la interpretació de la Constitució des que el seu president John Marshall va proclamar en 1803 que el TS pot declarar inconstitucionals les lleis del Congrés. La principal qüestió és si la Constitució s'ha d'interpretar estrictament en termes de l'*original intent* («intenció original») dels seus redactors (*framers*) o no. Aquest debat enfronta dues visions antagoniques. La dels *judicial craftsmen* (artífex judicials) que busca la guia mirant enrere: el text de la Constitució i la interpretació original del text i l'experiència històrica i la dels *judicial statesmen* (estadistes judicials), d'altra banda, que miren endavant: la moral, ideals polítics i nocions de bé públic.

Molts opinen que només el primer enfocament pot preservar a l'ansem l'estat de dret i el constitucionalisme, que el sistema del *stare decisis* limita el poder

---

<sup>74</sup> J. BOULANGER.

<sup>75</sup> J. GIRADOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*.

<sup>76</sup> Cultures France. Présentation. 200 ans de Code Civil. [http://www.culturesfrance.com/adpf-publi/folio/code\\_civil/503.html](http://www.culturesfrance.com/adpf-publi/folio/code_civil/503.html).

<sup>77</sup> James E. BOND, *The art of judging*, 1943. Tom Bingham, op. cit. Ruggero J. Aldisert, «The Brennan legacy: the art of judging», *Loyola of los Angeles Law Review*, abril 1997, p. 676.

<sup>78</sup> Benjamin CARDOZO, *The nature...*

de la majoria per fer el dret i que, en canvi, la *craftsmanship* respecta la voluntat del poble a la vegada que reforça les limitacions constitucionals a aquesta autoritat<sup>79</sup>. Els qui s'oposen a la jurisprudència de l'*original intent* (intenció original) sostenen que discernir la intenció dels redactors de la Constitució és impossible i que, encara que la intenció original es pogués conèixer, aquesta intenció no ha de regir la interpretació contemporània sobre qüestions constitucionals. La Constitució, sostenen, és un document viu que s'ha d'interpretar d'acord amb els temps. Aquesta postura permet als jutges llegir la Constitució com un document dinàmic, amb una recerca del seu significat assistida pels valors contemporanis.

7.7. L'autor del discurs ressalta que el principi de contradicció (*audiatur et altera pars*) exigeix que no es dicti una resolució judicial que pugui afectar una persona sense que aquesta hagi tingut l'oportunitat d'influir-ne el contingut, formulant al·legacions i utilitzant els medis de prova que li convinguin. *Para que haya sentencia y esta pueda llegar a ser la consecuencia de un juicio prudencial —diu—, es preciso que exista un proceso contradictorio, que asegure la audiencia en derecho a cada parte, pues sin él no puede haber juicio justo y, por ende, la decisión no será prudencial*. Així, nota que el procés es desenvolupa com un diàleg entre parts dirigit a crear una determinada convicció psicològica en el jutge a favor d'una o altra tesi. Aquesta contradicció és emperò encara més clara en el procés del *common law* que és per naturalesa adversarial i no inquisitorial com el del *civil law*<sup>80</sup>.

Sancho Gargallo diu que, dins del procés contradictori, la fase de cognició ha d'anar encaminada a la determinació i acreditació dels fets en una labor que aspira a conèixer la veritat de l'ocorregut. No obstant, Tom Bingham<sup>81</sup> remarca que, si bé és cert que en el sistema del *civil law* l'objectiu del jutge és establir la veritat, en el del *common law* l'actitud del jutge és primordialment buscar sobre quina de

---

<sup>79</sup> Amy GUTMANN, Prefaci al llibre d'Antolin Scalia, *A matter of interpretation*, 1997, *a government of laws and not of men means that the unexpressed intent of the legislator must not bind citizens. Laws mean what they actually say, what the legislators intended them to say but did not write in the law's text*.

<sup>80</sup> El sistema *adversarial* es basa en la confrontació entre els dos defensors que representen les posicions de les parts front a un jurat o un jutge, tractant de determinar la veritat del cas. A diferència d'aquest, en el sistema *inquisitorial* (inquisitiu o inquisitorial) el jutge és el qui té la tasca principal de dirigir o investigar el cas. El sistema adversarial és generalment emprat en els països de *common law*. A Europa entre els sistemes del *civil law* el sistema inquisitiu és el més emprat. En el sistema adversarial, la justícia s'administra quan l'adversari més eficaç és capaç de convèncer el jutge o al jurat que la seva perspectiva sobre el cas és la correcta. En el sistema inquisitorial, el jutge no és un receptor passiu d'informació sinó el principal responsable de supervisar les proves necessàries per resoldre el cas. Ell dirigeix activament la recerca de proves i l'interrogatori dels testimonis i els advocats tenen un paper més passiu, el que suggereix rutes de recerca pel jutge i després ve l'interrogatori del jutge. L'objectiu d'ambdós sistemes —adversarial i inquisitiu— és trobar la veritat. Però el sistema adversarial cerca la veritat a l'enfrontar a les parts una contra l'altra amb l'esperança que la competència la revelarà, mentre que el sistema inquisitiu cerca la veritat qüestionant els més familiaritzats amb els fets en disputa. P. J. Schwikkard, «Does the merging of inquisitorial and adversarial procedures impact on fair trial rights?», 2002.

<sup>81</sup> Tom BINGHAM, op. cit.

les parts recau *l'onus probandi* i seguidament veure si aquesta part ha provat els fets *beyond reasonable doubt* (més enllà del dubte raonable) en el procés penal, o qui-  
na és *the preponderance of evidence* (la preponderància de la prova) en el civil.

## 8. Capítol sisè (*El juicio justo presupuesto del juicio prudencial*)

*Lawsuits are rare and catastrophic experiences for the vast majority of men*  
*Benjamin Cardozo*<sup>82</sup>

*Jutges don't age. Time decorates them*  
*Eric Bagnold*

8.1. En aquest capítol, el discurs analitza el principi de la independència i la imparcialitat.

Un dia de setembre de 1616, el rei Jaume d'Anglaterra, molt enfadat, va acusar de traïció als jutges del seu Tribunal Suprem per haver dictat una sentència que els havia prohibit que dictessin. Els jutges van implorar de genolls la misericòrdia del rei. Aleshores, el rei va preguntar als jutges, un darrera l'altre, què farien una altra vegada si ell els demanés que suspenguessin una sentència, i tots van contestar que farien el que el rei els manés. Finalment, el rei va fixar els seus ulls freds sobre el president del tribunal Lord Cook i li preguntà què és el que ell faria. El president, tremolós, li va contestar «faria el que correspongués a un bon jutge». El coratge de Cook li va costar la presidència, la seva ambigüitat li va salvar el coll. El temps va vindicar el seu coratge.

La independència judicial és sens dubte el fonament d'una democràcia robusta. *Malheur a la generation dont les juges meritent d'être jugés* (desgraciada la generació quins jutges mereixen ser jutjats) diu el Talmud<sup>83</sup>. I don Quixot a Sancho<sup>84</sup>: *si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de las dádivas, sino con el de la misericordia*. La independència judicial, ha recordat el jutge australià Michael Kirby<sup>85</sup>, equival a «la protecció institucional del poble». La independència i la imparcialitat de l'enjudiciador constitueix el principi axiomàtic per tots els textos que parlen de la justícia i són, sens dubte, la principal exigència del procés judicial o arbitral.

D'acord amb el Tribunal Europeu de Justícia<sup>86</sup>, «a fi d'establir si un tribunal pot ser considerat "independent", s'ha de tenir en compte, *inter alia*, el siste-

---

<sup>82</sup> Benjamin CARDOZO, *The nature of judicial process*, 1921, pp. 128-9.

<sup>83</sup> *Talmud*, Midrash Rabba sobre Rut, 1.

<sup>84</sup> CERVANTES, *Don Quijote*, II, De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula.

<sup>85</sup> Michael Kirby és jutge de la High Court d'Austràlia i recentment ha sigut premiat per la Gruber Foundation.

<sup>86</sup> *Findlay v. UK (1997)*, I Eur. Ct. H.R. 263, para 73, citat by Loretta Malintoppi, «Independence, impartiality and duty of disclosure in investment arbitration», 27 juliol 2005.

ma de nomenament dels seus membres i el període del seu mandat, l'existència de garanties front a pressions exteriors i la qüestió de si el tribunal presenta una apariència d'independència ... En relació a la "imparcialitat", hi ha dos aspectes pel que fa a aquesta exigència. Primer, el tribunal ha de ser lliure subjectivament de prejudicis o predileccions. Segon, ha de ser també imparcial des d'un punt de vista objectiu, és a dir ha d'oferir suficients garanties per excloure qualsevol dubte legítim en aquest respecte». Els Principis Bàsics sobre Independència dels Jutges<sup>87</sup>, per la seva part, prescriuen que *los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna, influencias, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, directas o indirectas, en cualesquiera sectores o por cualquier motivo.*

8.2. Independència i imparcialitat no són sinònims. La independència és una qüestió de fet, la imparcialitat, una condició mental. Un jutge o un àrbitre poden ser independents però no ser imparcials. Poden ser imparcials sense ser independents. La independència ha de ser front al legislatiu i l'executiu<sup>88</sup> i també front a les parts.

La independència ha de ser total<sup>89</sup>. El jutge o l'àrbitre que depèn d'algú no és independent. També té risc de no ser independent el jutge mal pagat o mal considerat.

8.3. El discurs recorda que el jutge *ha de tratar a todos con el mismo rasero*. Aquest principi planteja, emperò el problema de decidir quina és la postura del jutge o de l'àrbitre que es percaten que una de les parts no està ben defensada o que el seu lletrat no al·lega o no prova els fets adequadament<sup>90</sup>. També quan una de les parts és una gran empresa que disposa de la millor defensa i l'altra un desvalgut amb un modest advocat d'ofici. Recordo un acudit sarcàstic de la revista *Forbes* en què l'advocat li pregunta al client prospectiu *how much justice can you afford?* (quanta justícia pot vostè pagar<sup>91</sup>?). El jutge o l'àrbitre, han de tractar a les dues parts igualment? fins a quin punt poden intentar ajudar a l'exposició dels fets quan una part flueixa?

8.4. S'ha discutit si el nivell d'independència que s'exigeix als jutges és el mateix que s'exigeix als àrbitres o viceversa<sup>92</sup>. En principi, segons *la Court of Ap-*

---

<sup>87</sup> *Principis Bàsics sobre Independència dels Jutges*, adoptats per les Nacions Unides en el 7è Congrés sobre persecució del delictes i tractament de delinqüents, 1985.

<sup>88</sup> Tomas JEFFERSON, *Carta a Thomas Ritchie*, 1820. ME 15:298: «*A judiciary independent of a king or executive alone is a good thing; but independence of the will of the nation is a solecism, at least in a republican government.*»

<sup>89</sup> Tom BINGHAM, *op. cit.*, p. 61, diu que el jutge ha de ser independent de l'executiu, del legislatiu i de tota associació (professional, comercial o qualsevol altre) i també de la pressió inapropiada dels mitjans de comunicació.

<sup>90</sup> *Iura novit curia*, però els fets els hi han de donar i les proves els hi han de facilitar les parts.

<sup>91</sup> Piero CALAMANDREI, *op. cit.*, XII, parla d'un conseller del tribunal d'apel·lació de Firenze al qui *pareva che la giustizia e il patrocinio, como sono ordinato da noi, si riducessero spesso ad essere un privilegio dei ricchi.*

<sup>92</sup> Ramon MULLERAT, «Arbitrators and judges' independence compared».



peal d'Anglaterra «no hi ha cap principi en virtut del qual sigui correcte distingir en general entre els arbitratges i els casos judicials». No obstant, una de les diferències entre els jutges i els àrbitres és que els primers es dediquen exclusivament a la funció d'administrar justícia i per tant se'ls demana que respectin normes estrictes en matèria d'incompatibilitat. Els àrbitres, en canvi, s'ocupen d'activitats diverses i només de tant en tant a fer justícia. Fins i tot, els advocats —que és probablement la professió més dedicada a la funció d'arbitratge— no es solen dedicar exclusivament a la funció arbitral i fan compatible aquesta funció amb altres activitats professionals o no<sup>93</sup>.

La peculiaritat dels àrbitres de fer compatible la funció arbitral amb la seva professió o altres activitats té un impacte sobre la independència i imparcialitat dels àrbitres. Ja al 1977, el Preàmbul del Codi d'Ètica de l'American Bar Association-American Arbitration Association per a Àrbitres en les Disputes Comercials (Codi ABA-AAA)<sup>94</sup> reconeixia que «els àrbitres, igual que els jutges, tenen el poder de decidir casos. No obstant, a diferència dels jutges a temps complet, els àrbitres solen dedicar-se a altres ocupacions, abans, durant i després del temps d'actuar com a àrbitres. Sovint l'àrbitre és elegit dintre de la mateixa professió o indústria que les parts per tal d'aportar el coneixement especial a la tasca de decidir». Aquest Codi (nota introductòria al Cànon II) afirma que «es pretén que les disposicions del Codi siguin aplicades amb realisme perquè la càrrega de la revelació detallada (de circumstàncies) no sigui tan gran que no sigui possible per a les persones del món dels negocis ser àrbitres, privant així a les parts dels serveis de les persones que poden estar més ben informades i qualificades per decidir determinats tipus de casos»<sup>95</sup>.

Una de les sentències més importants que compara els jutges i els àrbitres és l'americana *Coating Corp. v. Continental Cas. Co., 1968*. En aquest cas, el tribunal va anul·lar un laude basat en que l'àrbitre no havia revelat l'existència d'una relació comercial amb una de les parts, consistent en que l'empresa del primer

---

<sup>93</sup> A la majoria de jurisdiccions s'apliquen les mateixes normes d'independència i imparcialitat de jutges i àrbitres. Això inclou a Austràlia, Canadà, Anglaterra, Espanya, França, Mèxic, Països Baixos, Nova Zelanda, Singapur, Suïssa i els Estats Units. No obstant això, hi ha diferents enfocaments a aquesta qüestió. Per exemple, a Suècia, s'aplica un nivell d'independència i imparcialitat lleugerament més estrictes als àrbitres que als jutges, perquè, entre altres coses, el procés d'arbitratge no permet una apel·lació sobre el fons. D'altra banda, a Alemanya, els estàndards de la independència i la imparcialitat són més estrictes pels jutges que pels àrbitres, tenint en compte que es pot elegir als àrbitres, però no als jutges.

<sup>94</sup> El Codi ABA-AAA de 1977 establia que, en els tribunals arbitralis trinitaris, els *party-appointed arbitrators* (àrbitres nomenats per les parts) podien tenir un nivell d'independència inferior a l'àrbitre tercer i que podien estar *predisposed* (predisposats) en favor de la part que els havia nomenat (p.e. podien tenir contactes separats amb la part). En la revisió aprovada per la Cambra de Delegats de l'ABA i pel Comitè Executiu del Consell d'Administració de l'AAA el 2004, es va invertir la presunció de manera que es presumeix que tots els àrbitres han de tenir el mateix nivell d'independència excepte si les parts ho han acordat altrament.

<sup>95</sup> El paràgraf en el Preàmbul, va ser reproduït en la revisió operada en 2004.

feia quatre anys havia prestat serveis de consultoria sobre el projecte de construcció objecte de disputa.

Una curiositat del cas és que dels quatre jutges que integraven el tribunal que va conèixer del recurs de nul·litat, un era el jutge White i l'altre el jutge Black. En la sentència, el jutge White sostenia que l'àrbitre «no es troba automàticament desqualificat per raó d'una relació comercial amb les parts» perquè, tenint en compte que molt sovint es busca un àrbitre per la seva especialització, això vol dir que està en contacte amb el sector industrial i que per tant té referències i contactes amb ell<sup>96</sup>. El jutge Black va entendre, en canvi, que: «és cert que els àrbitres no poden trencar els lligams amb el món empresarial, ja que no s'espera que obtinguin tots els seus ingressos de la seva activitat decidint casos, però hem de ser, en tot cas, encara més escrupolosos per salvaguardar la imparcialitat dels àrbitres que en el cas dels jutges, ja que els primers tenen plena llibertat per decidir el dret així com els fets, i la seva decisió no està subjecte a apel·lació».

8.5. Finalment, el discurs fa referència als prejudicis del jutge degut a la seva formació, idees, creences i vivències personals. Piero Calamandrei<sup>97</sup> afirma que, en un sistema basat en la divisió de poders, la justícia ha de separar-se de la política. La política precedeix al dret —diu— donat que de l'activitat de la primera neix la llei. Però una vegada la llei ha nascut, el jutge solsament ha de considerar el dret, encara que interpretar el dret significa tornar a la «ratio» de la qual neix, és a dir, hi ha una inspiració política que circula dintre del dret i que el fa socialment actual.

És un axioma que els sers humans, i per consegüent els jutges, són producte dels seus orígens, formació i experiència i estan sotmesos a prejudicis. Ortega deia que *yo soy yo y mi circunstancia*. I, per això, no li resulta fàcil al jutge, quan interpreta el dret, separar-se de si mateix i mantenir totalment incòmode la sentència de les seves opinions polítiques, fe religiosa, estatus social, tradicions familiars i els seus propis prejudicis<sup>98 99</sup>.

8.6. Una altra qüestió important perquè el jutge pugui desenvolupar adequadament la seva missió, és que pugui comptar amb una advocacia competent i independent. Per fer bé el seu treball, els jutges necessiten que les postures ad-

---

<sup>96</sup> En aquesta sentència, el raonament pel qual el jutge White sostení que els àrbitres s'han de medir per criteris diferents als jutges, és que els àrbitres són «homes de negoci (*men of affairs*) no separats sinó dintre del mercat». Una altra sentència (*AT&Tv. Saudi Cable Co., 2000*) va qualificar als àrbitres com a «homes de món» (*men of the world*) quina experiència contrasta amb la «calma claustral de la vida judicial».

<sup>97</sup> Piero CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1954, XXVIII.

<sup>98</sup> Ramon MULLERAT, «El activismo judicial», *La Vanguardia*, 29 juny 2009.

<sup>99</sup> CERVANTES, *Don Quijote*, II, De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula: *si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera despacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros.*

verses de les dues parts siguin exposades tècnicament i contradictòria pels advocats. Els advocats han de ser, com els jutges, independents, però no imparcials, perquè són advocats de part (*ex parte*)<sup>100</sup>. L'advocat que fos imparcial seria un mal advocat. Piero Calamandrei<sup>101</sup> proclamà que *solo la dove gli avvocati sono indipendenti, i giudici possono essere imparziali*.

## 9. Capítol setè (Contenido de la juris prudentia)

*Que triste es cuando el juez justo se equivoca*  
Sófocles<sup>102</sup>

9.1. En el capítol VII, l'acadèmic ingressant insisteix en el *leit motif* del seu discurs: la labor d'enjudiciament suposa un judici de prudència.

La «*prudentia juris*» —afirma— *implica: un conocimiento técnico objetivo; una especial habilidad y sensibilidad (arte*<sup>103</sup>*), de naturaleza puramente subjetiva y personalísima, que, por ello, resulta muy difícil de reducir a formas lógicas; y un saber ético, constitutivo de una virtud, que versa sobre los medios, procedimientos, lugar y tiempo adecuados para alcanzar una solución justa*<sup>104</sup>.

9.2. Al parlar de la formació del jutge, diu que la *juris prudentia* no pot ser exclusivament tècnica-jurídica, sinó que deu també ser humanística i cultural. Per la labor que desenvolupa, el jutge ha de ser un humanista, capaç de comprendre a l'home d'avui i els problemes socials subjacents als casos que es plantegen i, conseqüentment, jutjar amb més sensibilitat i encert. Fa també referència a que una decisió judicial prudent ha de combinar diversos aspectes, en els que és possible advertir un feix d'habilitats pràctiques: la sagacitat que s'ordena a una solució ràpida i simple<sup>105</sup>; la circumscripció que implica l'abast coneixement i comprensió de totes les circumstàncies del cas; la cautela que preveu els riscos que comporta i impedeix assolir conclusions absurdes o manifestament injustes; la revocabilitat o concordança amb els canons de la lògica.

---

<sup>100</sup> Piero CALAMANDREI, op. cit., p. 47, *il passar de gli anni matura quella qualità de ponderatezza e de saggezza, che costituiscono le migliori doti del giudice*.

<sup>101</sup> Piero CALAMANDREI, op. cit.

<sup>102</sup> SÓFOCLES, *Antígona*.

<sup>103</sup> Moltes obres porten com títol «l'art de jutjar».

<sup>104</sup> En aquest sentit, Cardozo parla de «la ment i consciència constantment vacil·lant del jutge»: *I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its plain and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience. I found with the voyagers in Brownings «Paracelsus» that the real heaven was always beyond*.

<sup>105</sup> Piero CALAMANDREI, op. cit., Introducció: *la parzialità degli avvocati rientra ovviamente nelle caratteristiche delle loro professione ... Dalla loro parzialità —cioè del contraddittorio che ne nasce— deriva l'imparzialità del giudice*.

9.3. El discurs fa especial esment al saber ètic, encaminat a aconseguir un resultat bo, en aquest cas la justícia, entesa com el just del cas concret (*to dikaion*). Ja el doctor angèlic St. Tomàs d'Aquino reconeixia que «el primer precepte de la llei és que el bé sigui fet i promogut i que el mal sigui evitat; tots els demés preceptes de dret natural estan basats en això»<sup>106</sup>. *Lex iniusta non est lex*.

9.4. Finalment, respecte a la formació i elecció dels jutges, que l'autor del discurs tracta *en passant*, és sabut que hi han dos grans sistemes: l'anglosaxó que selecciona als seus jutges extraient-los dels advocats experimentats que porten anys en l'exercici de l'advocacia i el sistema europeu on el llicenciat en dret, després de passar un examen ha de seguir uns cursos a una escola judicial<sup>107</sup>. No obstant aquests sistemes s'aproximen.

També en el món anglosaxó, avui en dia es reconeix la necessitat d'una formació específica. L'art de jutjar no es pot ensenyar; s'adquireix a la feina, gairebé per osmosi. Aquesta era l'opinió predominant entre la majoria dels jutges anglesos fa un parell de dècades. La capacitació judicial estava en la seva infància i per molts jutges era gairebé anatema. Recentment, al celebrar el seu 30 aniversari, la Junta d'Estudis Judicials ha vist com la cultura ha canviat radicalment. La capacitació és acceptada i més que això, és vista com una eina crucial perquè els jutges puguin dur a terme la seva feina. La formació dels jutges ha fet un salt endavant amb el llançament d'una estratègia per als jutges prop de 2.000 a temps complet a Anglaterra i Gal·les. La Junta d'Estudis Judicials, l'òrgan encarregat de la formació judicial, s'està convertint en una escola de la magistratura, en la que els propis jutges trien els seus cursos de capacitació<sup>108</sup>.

## IV

### BREU CONCLUSIÓ

El discurs que comento és una oda i un elogi eloqüents a la ciència del dret i a la judicatura. No solsament això, sinó a la virtut moral i ètica de la judicatura que l'ha d'acompanyar sempre. Piero Calamandrei<sup>109</sup> deia que *i giudici sono com*

---

<sup>106</sup> St. Tomàs d'AQUINO, *Summa Theologica*, pp. 94 a2.

<sup>107</sup> Ruggero J. ALDISERT, op. cit., p. 677, diu que, en el mètode sociològic i de resultats, propis de la filosofia actual nordamericana, és necessari seleccionar l'elecció dels jutges amb una cura particular. No convé buscar, diu, com desitgen alguns advocats, jutges que siguin *tasteless, odorless and colorless* (sense gust, olor i color), sino que tinguin «temperament jurisprudencial». Existeix una enorme diferència entre un «temperament judicial»; i un «temperament jurisprudencial», nota. Alguns jutges tenen un umbral més baix que altres i es troben més inclinats a trobar consol en umbracles i marges que en la lletra de la llei, però, quan jutgen d'aquesta manera, significa que han exhaurit les possibilitats que els brinden els precedents i han de buscar altres recursos que troben en els estàndards morals amplis que forma la base de la filosofia jurídica.

<sup>108</sup> Frances GIBB, «Judges go back to school to learn the art of judging», *The Times* September 2009.

<sup>109</sup> Piero CALAMANDREI, op. cit.

*gli appartenenti ad un ordine religioso: bisogna che ognuno di essi sia un esemplare di virtù, si non si vuole que il credenti perdano la fede i que il giudice che si abitua a render giustizia e come il sacerdote che si abitua a dir messa.*

Per acabar, voldria fer una crida als homes i dones de dret per redoblar els esforços, cada u a la seva esfera, per la millora de la justícia i de la judicatura en el nostre país. Si els homes i dones del dret no ho fem, qui ho farà?

Som uns sis milions de juristes en el món<sup>110</sup>. Un bon equip. Tots ells, en distints llocs, temps i llengües, vàrem jurar defensar el dret i la justícia. Si aquest equip es confabulés, sens dubte aconseguiria fer honor al nostre jurament i fer d'aquest un món millor.

I acabo.

Al principi d'aquesta contestació he al·ludit a l'«ànima del jutge». Al llarg del discurs destil·len i resulten evidents l'extraordinària personalitat i vocació de jutge del seu autor. El seu amor pel dret i la justícia que inunda el seu cor queden patents. No oblidem que, com el renard li diu al petit príncep quan es despedeix d'ell, *voici mon secret. Il est très simple: on ne voit bien qu'avec le coeur. L'essentiel est invisible pour les yeux* (heus ací el meu secret. És molt simple: no es veu bé, sinó és amb el cor. L'essencial és invisible pels ulls).

---

<sup>110</sup> Només els advocats, són uns 1.100.000 als EEUU, 700.000 a l'UE, 600.000 a l'Índia, 500.000 al Brasil, etc.



## Í N D E X

|  |    |
|--|----|
| <i>Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número</i>  |    |
| <i>Il·lm. Sr. Dr. Ignacio Sancho Gargallo</i> . . . . .  | 5  |
| I. Aproximación al significado de la jurisprudencia . . . . .                                  | 6  |
| II. Significado etimológico y originario de la <i>iuris prudentia</i> . . . . .                | 13 |
| III. Olvido de la <i>prudentia iuris</i> . . . . .   | 16 |
| IV. Dialéctica aristotélica y pensamiento aporético . . . . .                                  | 19 |
| V. Carácter eminentemente valorativo del enjuiciamiento . . . . .                              | 22 |
| VI. El juicio justo presupuesto del juicio prudencial . . . . .                                | 29 |
| VII. Contenido de la <i>prudentia iuris</i> . . . . .  | 36 |
| <br><i>Contestació de l'acadèmic de número Il·lm. Sr. Ramon Mullerat</i> . . . . .             | 41 |
| I. Laudatio. El alma de juez . . . . .   | 43 |
| II. El setial d'Antoni de Capmany i d'Antoni Sabater. . . . .                                  | 45 |
| III. Contestació al discurs . . . . .  | 45 |
| 1. <i>El sistema judicial</i> . . . . .  | 46 |
| 2. <i>Estructura del discurs</i> . . . . .   | 47 |
| 3. <i>Primer capítol (Aproximación al significado de la jurisprudencia)</i> . . . . .          | 47 |
| 4. <i>Segon capítol (Significado etimológico y originario de la juris prudentia)</i> . . . . . | 52 |
| 5. <i>Capítol tercer (Olvido de la prudentia juris)</i> . . . . .                              | 55 |
| 6. <i>Quart capítol (Dialéctica aristotélica y pensamiento aporético)</i> . . . . .            | 56 |
| 7. <i>Capítol cinquè (Carácter eminentemente valorativo del enjuiciamiento)</i> . . . . .      | 59 |
| 8. <i>Capítol sisè (El juicio justo presupuesto del juicio prudencial)</i> . . . . .           | 63 |
| 9. <i>Capítol setè (Contenido de la juris prudentia)</i> . . . . .                             | 67 |
| IV. Breu conclusió . . . . .   | 68 |





# DISCURS D'INAUGURACIÓ DEL CURS 2010-2011 DE L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA

Josep-D. Guàrdia i Canela  
President

Excel·lentíssim. senyor. Degà de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona,  
Excel·lentíssima Senyora Presidenta del Tribunal Superior de Justícia de  
Catalunya,

Excelentíssimos. Señores Vocales. del Consejo General del Poder Judicial,  
Excel·lentíssim Senyor President de la Comissió Jurídica Assessora,  
Excelentíssima senyora Presidenta del Consell d'Il·lustres Col·legis  
d'Advocats de Catalunya,

Excel·lentíssim Senyor President de la Reial Acadèmia de Bones Lletres,  
Altres digníssimes autoritats,

Il·lustríssims. Senyors ex Presidents de l'Acadèmia de Jurisprudència i  
Legislació de Catalunya. Il·lustríssims Senyors. membres de la Junta de  
Govern de l'Acadèmia. Il·lustríssims companys acadèmics,  
companys i amics,

familiares y amigos del Académico recipiendario,

senyores i senyors que ens acompanyen en aquest acte

Novament la sessió inaugural del Curs 2010-2011 a l'Acadèmia de  
Jurisprudència i Legislació de Catalunya té com a protagonista el discurs  
d'ingrés de l'Acadèmic Il·lm. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. Nogensmenys, com  
a President de la Corporació vull intervenir d'una manera que sense constituir  
un discurs formal, glossi breument el contingut d'aquest acte..

Diferent és el cas de les paraules del President a les quals, com a expressió d'un pensament propi i personal, només se les hi pot exigir uns altres valors diferents dins el marc del respecte a la veritat i la defensa de la justícia.

Entre els fets que, a parer meu, han caracteritzat el Curs passat, voldria destacar-ne dos de personals i dos d'obra feta. Els personals presenten la doble faç que és pròpia de la condició humana: l'alegria amb la qual hem commemorat els cinquanta anys, de sostinguda i fecunda activitat com acadèmic del Dr. Font i Rius; i la tristor per la defunció, el cap de setmana passat, del Dr. Pérez-Vitoria Moreno, el membre més antic de la nostra Corporació, amb més de 56 anys de vida acadèmica, des de la seva reconstitució l'any 1954. Els fets objectius són: la commemoració del Cinquantenari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya i la Sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. També en aquests dos casos, els sentiments són oposats.

El primer ens ha deixat a tots curulls de joia. Hem pogut commemorar aquest aniversari i ho hem fet amb dos finalitat ben diàfanes: retre un homenatge als homes que feren possible la Compilació i reconèixer a la Compilació el seu valor històric i de projecció del dret català cap a un futur que avui ja és present.

El segon fet ens ha omplert de tristor. I efectuant una relació d'antisimetria respecte del element anterior hem d'afirmar que el Tribunal Constitucional ens ha defraudat com a juristes i que la seva Sentència ha truncat de soca-rel els legítims desitjos d'una autonomia més segura i eficaç i, des d'un present que ens estimulava cap a un futur millor, ens ha fet recular a temps que creiem definitivament superats. No em referiré a d'altres qüestions de naturalesa més política i, per tant, més tributària de les concepcions personals de cadascú. Em

segon la lectura i l'estudi del "*Derecho de familia*" y del "*Derecho de Sucesiones*" que va escriure juntament amb José-Luis Lacruz Berdejo i que han constituït autèntiques referències per als juristes de la meua generació . La coneixença personal va ser en ocasió d'unes Jornades de dret foral (el professor Lacruz va escriure que no li agradava el nom) celebrades a Jaca l'agost de 1972 (és a dir han passat ja 38 anys). Don Miguel (com així el coneixíem tots) presidia el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés que havia organitzat les Jornades, que tenien, com a motor i inspirador al Pfr. Lacruz. Amb ell (i amb Jesús Delgado al qual havia conegut en un ambient molt allunyat del món jurídic) havíem contactat i havíem aconseguit d'estrènyer lligams amb ocasió del II Congrés Jurídic Català, en el qual havien presentat sengles valuoses comunicacions sobre fonts del dret civil català i la seva interpretació.. Anàrem a Jaca, entre d'altres juristes dels territoris anomenats forals, un grup notable de juristes catalans entre els quals, per esmentar només els acadèmics, Puig Salellas, Puig Ferriol, Roca Trias i jo mateix. Fots guardem un record esplèndid d'aquelles Jornades. Don Miguel Sancho Izquierdo presidí les sessions de treball i la de clausura. Enamorat com era de les contrades pirenaïques, ens acompanyà a unes magnífiques excursions al Monestir de Santa Cruz de la Serós, al municipi de Hecho, al museo de Siresa i a la Selva de Oza, on ponderà la qualitat del "caldero de cordero" amb que ens obsequiaren.

Tota la família Sancho forma part del grup de juristes aragonesos que, en diferents moments històrics, defensaren el seu dret propi i, per aquesta raó, sintonitzaren amb els juristes catalans coetanis que mantenien les mateixes idees respecte del dret català. Més endavant desenvoluparé aquesta idea.

Ara vull significar l'encert del nou Acadèmic en l'elecció del tema del seu discurs. Com ja ell ha dit, la nostra Acadèmia, que és de jurisprudència, se

incorporada a la seva personalitat. Va ser un gran jutge i un magnífic jurista amb una formació i una pràctica molt ampla.

En darrer terme pel que fa als aspectes històrics voldria referir-me breument al personatge que dona nom a la medalla i el diploma que fa poc he lliurat al nou acadèmic; Antoni de Capmany de Montpalau i de Surís. Fou més que un jurista. Brocà el qualifica de d'eminent filòleg, historiador i crític i diu d'ell que inaugurarà les investigacions i els estudis històric-jurídics de Catalunya. La seva obra gegantina és *“Memorias históricas sobre la Marina, Comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona”* i en el primer volum sota el títol *“De las leyes marítimas de los antiguos barceloneses”* reivindica per a Catalunya la glòria de la formació del Llibre del Consolat de Mar. A un dels apèndixs s'ocupà del *“Origen y antigüedad de los Usajes de Barcelona”*. Fou doncs un gran erudit, un historiador de l'economia i el dret, un gran acadèmic . De la Real Academia de la Historia i de la Reial Acadèmia de Bones Lletres. I, en definitiva, un gran jurista en la més ampla accepció del mot

Antoni Sabater, indiscutiblement jutge i Antoni de Capmany que no defugiria –crec- el nom de mercantilista, emparen a Ignacio Sancho Gargallo, prestigiós jutge mercantil. Una afortunada casualitat amb el desig i la meva seguretat personal que seguirà els exemples del seu antecessor i del personatge que dona nom a la medalla.

\* \* \* \* \*

He insinuat abans que el dia d'avui invita a comentar ni que sigui breument l'estreta relació entre els juristes aragonesos i els catalans. Al llarg d'aquest any he tingut l'oportunitat de recordar la participació dels membres de la nostra Acadèmia en el procés compilador i més amplament en el procés codificador

Jurisconsultos aragoneses celebrat a Saragossa, durant els anys 1880 i 1881. Cal remarcar que Joan Homs i Homs va ser un dels membres que va intervenir, formant part de la Academia de Derecho i junt amb el seu President, el Notari Carles Ma. Soldevila Boixader i altres membres, en la redacció d'un projecte d'Apèndix per a Catalunya que va ser molt criticat i afortunadament no va passar a estadis posteriors.

Noms com els de Joaquín Gil y Berges, que fou el President del Congreso de Jurisconsultos aragoneses ja esmentat i que va donar nom al projecte d'apèndix aragonès millor valorat, el seu bebot Gil Gil y Gil, Juan Moneva y Puyol, i molts d'altres també formen part del grup de juristes aragonesos que, en diferents moments històrics, defensaren el seu dret propi i que, per aquesta raó sintonitzaren amb els juristes catalans ocupats en la mateixa missió. Especial referència cal fer al Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 en el que els juristes aragonesos tingueren un protagonisme que coadjuvà decisivament al manteniments dels respectius drets civils propis. De la delegació aragonesa cal destacar el ja esmentat Juan Moneva Puyol, Francisco Palá Mediano, José de Calasanz Lorente Sanz, Miguel Sancho Izquierdo, Luis Martín Ballester, Luis Sancho Seral y Miguel Montserrat Gámiz. Posteriorment s'hi afegiren, José-Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Mariano Alonso Lambán, Jesús Delgado Echevarría, José-Luis Merino Hernández, Eduardo Montull Lavilla, Pablo Casado, Fernando García Vicente, Francisco Mata i Angel Bonet Navaro per esmentar només aquells respecte dels quals tinc un record personal.

La relació no resultaria completa si no incloguéssim en ella també els juristes aragonesos que exerciren la seva activitat a Catalunya; el Notari Luis Riera Aisa que fou professor de dret civil a la Càtedra del meu mestre Dr.