

ANDRÉS OLLERO (Granada)

EQUIDAD, DERECHO, LEY *

SUMARIO. 1. Positivismo legalista y equidad.—2. Equidad y autonomía de la voluntad.—3. Equidad y discrecionalidad administrativa.—4. Equidad y subjetividad judicial.

1. Dentro de la gran variedad de aspectos que el complejo fenómeno de la equidad lleva consigo queremos resaltar uno, como núcleo de nuestra reflexión: la superación que encierra de la identidad de derecho y norma legal¹. En efecto, pocos elementos ponen tan de manifiesto la inviabilidad de esta equiparación como el esfuerzo por concretar particularizadamente la justicia, que es propio de la equidad clásica.

*) Este trabajo fue comenzado con motivo de la invitación recibida del profesor RALPH A. NEWMAN (San Diego, California) para colaborar en la obra colectiva *Equity in the World's Legal Systems*, dedicado a René Cassin. Conscientes de la conveniencia de una reflexión más detallada de esta inserción de la equidad dentro de un planteamiento hermenéutico del derecho, se reproduce ahora ligeramente ampliada la versión castellana de nuestra contribución —*Equity in Spanish Law?*, *op cit.*, Brussels, E. Bruylant, 1973, pp 381-393—.

1) Con ello, pensamos, queda paliado el peligro de equivocidad que el paralelismo del término *equidad* con los de *Equity* y *Aequitas* plantea. Tanto la dimensión especialmente material de la *Aequitas*, en cuanto búsqueda de un contenido ético complementario del derecho, como el predominio formal de la *Equity*, en cuanto procedimiento especial que permite flexibilizar el derecho común en base a la fuerza del precedente, coinciden en la imposibilidad de reducir el derecho a las normas legales. Sobre ello H. RIDDER *Aequitas und Equity* "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie" 1950-51 (39) págs. 185, 196, 199.

Basta acercarse a alguno de los problemas en los que el recurso a la equidad se hace indispensable —lo que haremos apoyándonos en nuestro propio ordenamiento— para que se ponga de manifiesto la imposibilidad de toda identificación de derecho y norma legal. Con ello, surge, a la vez, un inevitable excepticismo respecto a la viabilidad del objetivo que tal identificación persigue: el logro de una certeza y seguridad jurídicas sin fisuras².

Un primer acercamiento al ordenamiento jurídico español arrojaría un balance desconcertante: la equidad no aparece en él como elemento propiamente jurídico. El Código Civil, gestado en un ambiente fiel a la identificación derecho-norma legal propia del positivismo jurídico del xix, erige a la ley en fuente jurídica suprema. Subsidiariamente entra en juego el derecho consuetudinario. Por último, el “cierre” del sistema jurídico queda garantizado por los “principios generales del derecho”, que, aunque hoy puedan llegar a significar otra cosa, entonces no eran sino el esqueleto dogmático abstraído de la normatividad legal. No sólo no aparece la equidad entre las fuentes del derecho (salvo su problemática caracterización como principio general del derecho³), sino que ni siquiera aparece como tal la actividad judicial⁴.

Pero este planteamiento de la equidad como fenómeno extrajurídico no es sólo una reliquia histórica. La ley de 22-XII-1953 considera como “arbitraje de equidad” el realizado por “personas naturales que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir”, que fallan “con sujeción a su saber y entender”⁵. Dado que se le opone el

-
- 2) La equidad exige siempre una relajación de la certeza en relación al caso concreto R. A. NEWMAN, *I due livelli della moralità nel diritto*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1968 (1), pág. 50. También *Equity and Law*, “Anales Cátedra Francisco Suárez”, 1967-68 (7-8). pág. 3.
 - 3) Así en el ámbito civil el principio *Aequitas in dubio pro valet*, que con frecuencia aparece como equivalente de otro escasamente jurídico: *In dubio pro benignitate*.
 - 4) Ello ha originado una abundante bibliografía en torno al art. 6 del Código civil. Especialmente reciente *Jurisprudencia y fuentes del derecho*, de E. LALAGUNA, Pamplona, 1969.
 - 5) Arts. 20 y 4 de la citada ley.

"arbitraje de derecho", quedan pocas dudas sobre el carácter no jurídico atribuido a la equidad, consistente quizá en una búsqueda intuitiva de lo justo⁶.

Nuestra conclusión sería: derecho equivale a norma legal. Sólo en base a un pacto previo cabe someter la solución de los conflictos a una instancia extrajurídica: la equidad. Pero, ¿responde esto a la realidad práctica del derecho español? Queremos analizar tres aspectos que desmienten netamente esta conclusión.

2. *Equidad y autonomía de la voluntad.*

La identificación de derecho y norma legal plantea problemas, en primer lugar, en el ámbito de ejercicio de los derechos individuales. En efecto, una de las consecuencias de tal punto de partida sería admitir que "es principio universalmente reconocido que el que usa de su derecho a nadie daña"⁷. Si no hay derecho más allá de la ley, nadie que esté dentro de ésta puede hallarse fuera de aquél. La ley, por sí sola, marcaría el ámbito de acción de los derechos subjetivos.

Frente a este planteamiento, la realidad vital del derecho como solución justa a alcanzar en lo concreto, y no como simple proposición genérica previamente dada, ha ido dando paso al nacimiento de la doctrina del *abuso del derecho*. La realidad de los conflictos individuales ha abierto implacablemente un camino, al que posteriormente se ha buscado una justificación técnica. Nos hallamos, sin duda, ante un caso de juego de la equidad, entendida como justicia concretizada, basada en el reconocimiento de un derecho que trasciende la norma legal. Por ello, no tiene nada de extraño que el abuso del derecho

6) Esta concepción encontraría amplio apoyo histórico en la frecuente conexión de equidad y sentido común o natural en el derecho foral español. Sobre ello M. SANCHO IZQUIERDO, *La equidad y el sentido natural de los fueros*. También E. WOHLHAUPTER, *La importancia de la "equidad" en la historia del derecho en España*, "Investigación y progreso", 1930 (10), pág. 107.

7) Así lo hace la sentencia del Tribunal Supremo de 13-V-1911, ampliamente reiterada con posterioridad.

haya sido considerado como “un puente que se tiende entre el derecho estricto y la equidad o la moral”⁸.

Poco a poco la entraña netamente jurídica de esta doctrina se va abriendo paso. Es la actividad judicial, al apoyarse en un contacto directo con los problemas jurídicos vividos en la sociedad, la que va perfilando su sentido y alcance. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 14-II-1944 descarta la posibilidad de ejercicio ilimitado de los derechos subjetivos, ya que éstos, “aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico o social”. Cabe obrar al amparo de una legalidad externa y traspasar “los linderos impuestos por la equidad y la buena fe”. Con ello, la jurisprudencia respalda la labor de la doctrina científica que había ido delimitando los elementos justificadores de esta limitación de las prerrogativas reconocidas por la ley: uso de un derecho objetiva o externamente legal⁹; intención subjetiva de dañar o uso excesivo o anormal del derecho¹⁰, faltando un interés legítimo en el actor¹¹; con intenso daño para un tercero, cuyo interés no está específicamente protegido por una norma legal¹².

En cualquier caso, los límites señalados no parecen considerarse propiamente jurídicos. La visión de la equidad como fenómeno extrajurídico sigue presente, como pone de manifiesto esta definición paradigmática del abuso del derecho: “colisión o pugna de un derecho sin interés con un *interés sin derecho*”¹³. La identificación de derecho y norma legal, y, como consecuencia, la de derecho subjetivo y facultad reconocida por ella, late en el transfondo perpetuando la confusión.

Sin embargo, el carácter propiamente jurídico de esta doctrina sigue abriéndose paso. Para ello, se ha intentado conec-

8) J. CALVO SOTELO: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, 1917, pág. 127. El calificativo de “estricto”, atribuido al derecho, dulcifica aquí el evidente carácter extrajurídico que la equidad, con la moral, recibe.

9) Aparte de la sentencia señalada, la de 25-XI-1960.

10) Sentencia de 9-III-1960 y la ya señalada de 25-XI-1960.

11) Sentencias de 1-II-1965 y 25-XI-1960.

12) La intensidad dañosa priva sobre la existencia o no de ánimo de dañar, según señala la sentencia de 25-XI-1960. Otra de 12-II-1964, insiste en la falta de protección del interés lesionado.

13) Sentencia de 18-XII-1964.

tarla con normas legales. Así, los artículos 520 y 529 del Código civil, relativos al posible abuso de los derechos de usufructo, uso y habitación, o el artículo 1.902, que establece responsabilidad por culpa o negligencia. Por si fuera poco, el texto refundido de la ley de arrendamientos urbanos de 24-XII-1964 se refiere ya en su artículo 9 al “manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho”.

Pero, por encima de toda conexión con normas legales previas o de su posible recepción posterior, nos parece claro que este problema trasluce una realidad: el logro de la justicia en la solución de los casos concretos ha exigido ir más allá de los textos legales para encontrar el derecho aplicable a ellos. Se trata de casos que no encuentran apoyo en una ley (la falta de protección legal del interés dañado es, como hemos visto, requisito de todo abuso del derecho), ni costumbre que respalde tal solución. En cuanto a la posibilidad de que se trate del juego de un principio general del derecho, ello supondría apartarse de la concepción positivista de los mismos, para considerarlos como principios jurídicos prelegales en su raíz, rompiendo así la identificación derecho-norma legal.

Se ha descartado, por tanto, en la práctica la reducción del derecho a ley. Precisamente porque el derecho es algo más que la norma legal y la trasciende, ésta no es ya el único límite del juego de los derechos subjetivos. Cabe ejercitar un derecho subjetivo mediante un *uso de la ley* que implique un *abuso del derecho*.

El derecho es instrumento decisivo para lograr la armonía social en el entrecruce de voluntades individuales autónomas. No cabe pensar que baste una mera fijación normativa por vía legal para llegar a ella. Si el principio de legalidad es condición necesaria para alcanzar la seguridad jurídica, el logro de la justicia en el caso concreto a través de su solución equitativa exige profundizar en el derecho trascendiendo la ley, sin negarla. La doctrina del abuso del derecho sirve, pues, como muestra de la vigencia de esta realidad en el derecho español.

3. *Equidad y discrecionalidad administrativa.*

Si la limitación de la autonomía individual es condición indispensable del logro de la paz social, la defensa de los derechos individuales —en cuyo respeto esa paz encuentra sentido— exige imperiosamente el sometimiento de la actividad del poder ejecutivo al derecho. Esto supone, en primer lugar, la observancia del principio de legalidad. Si en las relaciones interindividuales se parte de la licitud de todo lo no expresamente prohibido, en la intervención estatal en la esfera privada sólo cabe actuar en base a la competencia otorgada por una **norma previa**. Las exigencias de la equidad, y entre ellas la necesidad de ir más allá del respeto a la ley para lograr un auténtico sometimiento al derecho, van a surgir como consecuencia de la *discrecionalidad* que la ley puede conceder a la Administración para orientar su actividad.

En efecto, bajo el prisma de la identificación de derecho y norma legal, discrecionalidad equivaldría a arbitrariedad. Una vez fijados los límites legales, la actividad de la Administración dentro de ellos sería equiparable a la libre autonomía individual. Bien pronto ha surgido la necesidad de un cambio de enfoque. Los límites legales no son el único condicionamiento de la actividad estatal, sino que es el derecho (trascendiendo necesariamente a la ley) el que se erige en su marco. “Nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que las haga inatacables”¹⁴.

A la solución de este tema tiende la doctrina francesa del “*détournement de pouvoir*”, que no ha dejado de hallar eco en los administrativistas españoles. Pero más tarde ha surgido en ellos un afán por hallar la solución mediante el recurso a un instrumento, cuya virtualidad para la realización de la equidad ya hemos señalado: los *principios generales del derecho*.

Estos no se entienden ya como mera sublimación sistemática del contenido de la normatividad legal, sino que aparecen como “principios de justicia material”, “nódulos de condensa-

14) Sentencia de 10-III-1969.

ción de valores ético-sociales y también centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento”, que “expresan los valores básicos de un ordenamiento jurídico”¹⁵. Con ello se plantea el problema característico de toda concepción no positivista de tales principios: su posible objetivación, que los aparte de quedar reducidos a un sistema, abierto, retórico e irresponsable, de juicios éticos o políticos, y posibilite así superar el positivismo legalista sin desconocer la positividad jurídica¹⁶. Sólo contando con tal objetivación pueden estos principios servir de instrumento a la realización de la equidad, entendida como concreción jurídica de la justicia y no como puerta abierta al juego de factores extrajurídicos.

Un primer intento de lograr esta objetivación es el que ha llevado a conectar repetidamente y con dispar intención los principios generales del derecho y los del derecho natural. Evidentemente, si existen unos principios jurídicos con validez independiente de su recepción formal en las normas legales, es porque forman parte de una realidad jurídica no “puesta”, y su existencia constituye precisamente el núcleo central del pensamiento iusnaturalista¹⁷. Pero no es la fundamentación ontológica la que ahora nos preocupa, sino la posibilidad de una formulación objetiva del contenido de estos principios, problema al que este reenvío iusnaturalista está lejos de aportar una fácil solución¹⁸.

-
- 15) E. GARCIA ENTERRIA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, pág. 32.
 - 16) Del mismo autor *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, “Revista de Administración Pública”, 1963 (40), pág. 211.
 - 17) En base a ello defiende F. ELIAS DE TEJADA la *Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el Derecho natural hispánico*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1962 (1-2), págs. 19 y 20. Para E. GARCIA ENTERRIA, por el contrario son los principios generales del derecho los que permiten la formulación objetiva de los del Derecho natural, *Reflexiones...*, pág. 199, *Legislación...*, pág. 222.
 - 18) Al problema de la formulación del Derecho natural, hemos aludido en *Eficacia jurídica y participación social*, “ACFS”, 1967-68 (7-8), página 130 y en *Juristische Argumentation und metaphysische Krise*, en *Le raisonnement juridique* (Actas del congreso mundial de filosofía jurídica y social), Bruxelles, 1971, pág. 555.

Sólo a través de la labor judicial consideramos posible llegar a una formulación de estos principios que les permita cumplir su función. Así, principios reconocidos por el Tribunal Supremo como el que establece que “cuando la Administración puede elegir entre varias formas de actuar para conseguir una finalidad determinada deberá emplear aquella que menos lesiva resulte a los derechos de los administrados”¹⁹ abren unas interesantes posibilidades de control equitativo de la actividad de la Administración²⁰, más allá de los límites estrictamente legales. No se trata de que la actuación administrativa deje de ser discrecional para verse concretamente determinada, sino que se hace más preciso el límite de su discrecionalidad²¹, por ser ya el derecho —gracias a sus ingredientes equitativos—, y no sólo la norma legal, el que actúa como tal.

La doctrina surgida de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo ha refrendado la teoría del abuso del derecho y abierto cauces a un posible juego de los principios generales del derecho como control equitativo de la discrecionalidad administrativa. Sin entrar en el alcance concedido hasta ahora a ese juego y en la actitud extremadamente cautelosa con que el Tribunal Supremo lo permite —reduciéndolo frecuentemente a mero complemento decorativo de la fundamentación legal de sus decisiones—, hemos de ver, finalmente, si la propia labor judicial no exige también un nuevo campo de acción para un complemento equitativo de la ley que facilite la concretización del derecho.

4. *Equidad y subjetividad judicial.*

La identificación de derecho y ley lleva consigo una dimensión hermenéutica: la reducción de la actividad judicial a mera *aplicación* de las normas legales. Esta sólo en casos excepcionales exigiría una interpretación previa, para disipar os-

19) Sentencia de 21-X-1969.

20) Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desconociendo esta dimensión jurídica de la equidad y reincidiendo en su caracterización moral, rechace en materia administrativa la alegación de “razones de equidad”,-sentencias de 30-I-1932 y 14-I-1959.

21) M. CLAVERO, *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, “RAP” 1962 (7), pág. 93.



curidades o paliar imperfecciones del texto legal. Sin embargo, las muestras que acabamos de examinar nos presentan una labor judicial que no se reduce a ser portavoz de la ley, sino que se ve obligada a trascenderla, llegando a una *comprensión* del derecho, siempre necesariamente acompañada de interpretación y aplicación ²².

Ello explica que si bien el planteamiento positivista del Código civil no considera a la jurisprudencia como fuente del derecho, reduciéndola a simple modo de expresión de la ley, la realidad jurídica ha acabado por erigir a la doctrina del Tribunal Supremo en pieza clave del derecho español.

Cabría, por tanto, acabar aquí nuestras reflexiones y constatar rotundamente a la pregunta que les dió vida. La equidad juega un papel decisivo en nuestro derecho. La jurisprudencia del Tribunal Supremo va alumbrando el derecho gracias a la concretización de las proposiciones legales, al refrendo de las normas consuetudinarias y al reconocimiento de determinados principios generales del derecho. Con ello parece quedar cumplida la labor de complemento de la normatividad legal, la aportación de una flexibilidad enriquecida por elementos consuetudinarios y, en resumen, el logro de una solución jurídica equitativa ²³.

Pero el problema dista de quedar definitivamente cerrado, pues resucita en una nueva dimensión que nos parece indispensable iluminar, si no se quiere renunciar al logro efectivo de esa equidad exigida por la realización del derecho. Para ello hay que evitar su abandono, encubierto quizá por la confianza en una operación lógica, a la que implícitamente se atribuya una especie de infalibilidad para determinar el derecho del caso concreto, presentando su funcionamiento como puramente mecánico. Por el contrario, sólo cabe trascender la norma legal y alcanzar el derecho concreto en base al juego de la subjetividad judicial.

22) Especialmente interesante al respecto el planteamiento hermeneútico de J. ESSER, en *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, especialmente págs. 72, 136 y 191.

23) J. PUIG BRUTAU ha insistido en esta similitud entre la realidad jurídica anglosajona y la española, presuntamente "continental". *-La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, sin fecha, pág. 236.



Autonomía de la voluntad individual y discrecionalidad administrativa precisan un control equitativo que las someta al derecho y no sólo a la ley. Este control va a materializarse gracias a la labor judicial, que no es ya simple medio de expresión legal, sino instrumento del logro del derecho, vehículo de una comprensión del mismo que contiene siempre elementos subjetivos^{23 b}. ¿Queda esta subjetividad libre de un control equitativo? Si la respuesta es afirmativa, no hemos hecho sino sustituir la tiranía de la norma legal por la del arbitrio judicial. Si respondemos negativamente, se impone otra interrogante: ¿qué instancia podrá servir de instrumento a esta fiscalización?

Si la libertad individual exige límites para dar paso a la paz social, y si la discrecionalidad administrativa ha de quedar fuertemente enmarcada para no degenerar en arbitrariedad, la labor judicial no puede limitarse a respetar un simple marco, sino que ha de desarrollarse sin abandonar nunca el campo del derecho. El juez no es un ciudadano con el privilegio de convertir en ley sus opiniones personales, ni siquiera un funcionario al que se hayan concedido facultades discrecionales de especial relevancia. Es un servidor del derecho, cuyo contenido ha de perseguir incansablemente, aunque jamás pueda lograr la garantía de una exhaustiva objetividad de su decisión. Por ello, ninguna intervención en la vida jurídica precisa de manera tan indispensable el control de la equidad como la del juez.

En la misma normatividad legal española encontramos apoyo para esta afirmación. Así, por ejemplo, el artículo 1.154 del Código civil señala que “el juez modificará *equitativamente*” la pena en caso de cumplimiento parcial de la obligación; el artículo 1.103 señala que la responsabilidad por negligencia “podrá moderarse por los Tribunales *según los casos*”; el artículo 70 admite que el juez puede “aplicar su *criterio discrecional*, según las *particularidades* del caso” al ejecutarse sen-

23 b) Un examen de esta inevitable subjetividad de la labor judicial, enmarcado en los actuales planteamientos de hermenéutica jurídica, en el reciente trabajo de A. KAUFMANN, *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts* (Festschrift K. Peters zum 70. Geburtstag), Tübingen, 1974, págs. 295-309, sobre todo 302-305.

tencias de nulidad matrimonial... ¿Nos encontramos aquí ante una vía libre a la subjetividad judicial? Pensamos que, por el contrario, se trata del reconocimiento de la existencia de esta intervención subjetiva, por una parte, y, por otra, de la imposición de un control *equitativo* de la misma, basado en las *particularidades* del caso.

Pero, ¿cabe una formulación objetiva de esta equidad?

— Los principios generales del derecho no pueden por sí solos brindarnos un efectivo auxilio por una doble razón: 1, su formulación es impensable sin el juego de esa misma labor judicial que se pretende controlar; 2, se trata de fiscalizar una decisión concreta y estos principios son “generales” y por ello, más necesitados de concretización que cualquier norma legal.

— Tampoco cabe identificar la equidad con una afortunada intuición del juzgador, ya que supone más bien reflexión, prudencia, acomodación de la norma a las circunstancias, todo lo cual requiere un ajuste mental que es todo lo contrario de un tanteo instintivo²⁴.

— La equidad parece consistir, más bien, en un contenido susceptible de apreciación²⁵.

La equidad como contenido se identifica con la justicia de lo concreto. No es un factor extrajurídico, sino más bien extra-normativo, o mejor, transnormativo. *Equidad* no se identifica tampoco con derecho natural, sino que es *derecho* (natural o positivo, ¡o natural y positivo!), *concretizado* y actualizado, al igual que la norma legal es derecho potencial y generalizado²⁶. Por ello, su contenido no es nunca objetivable de modo exhaustivo, ya que es resultado del juego sujeto-objeto que la realiza-

24) J. CORTS GRAU. *Curso de Derecho natural*, Madrid, 1970 (4.ª ed.), pág. 299.

25) Ello explica que el art. 1960 admita la impugnación de la decisión de un tercero sobre participación entre socios “cuando evidentemente haya faltado a la equidad”.

26) De interés al respecto A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, en *Existenz und Ordnung*, Frankfurt, 1962, pág. 381. De ahí que la equidad no se oponga a la generalidad de la ley, sino que sirve de guía a su realización práctica: “cuando lo típico predomina sobre lo individual no hay otro medio posible, ni más seguro, de ser justo, e incluso equitativo, que poner en práctica el criterio igualitario prefijado en el esquema legal”, L. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1961, pág. 343.

ción hermenéutica del derecho lleva necesariamente consigo. ¿Implica esto el reconocimiento de la inutilidad de la equidad como control del arbitrio judicial?

Creemos que tal conclusión sería precipitada. No cabe, sin duda, disponer "a priori" de un conocimiento exhaustivo del contenido de la equidad, ya que ello contradice su carácter de ingrediente existencial e histórico de la realidad jurídica. La equidad no es una realidad extrajurídica que se *aplique* para compensar las consecuencias del derecho, como se matiza una coloración excesivamente estridente. Es el impulso orientador de la vertiente de lo jurídico en cuanto objetivo a alcanzar, ligado al caso concreto y, por ello, nunca acabadamente previsible^{26 b}.

La equidad, pues, sin aspirar a una exhaustiva fiscalización de la subjetividad judicial, impone el manejo más racional posible de todos los elementos extralegales a que el juez ha de recurrir para obtener la solución jurídica adecuada.

Pero, ¿cómo cabe garantizar al juez, en su empeño por alumbrar ese derecho que aún no *existe*, pero que *está* latiendo ya en las circunstancias del caso, de que la ineliminable subjetividad de su labor no acabará traicionándolo? No en base al contraste con la equidad como contenido dado, ya que éste se actualiza en el mismo instante que el derecho, como uno de sus ingredientes, sino a determinadas exigencias suyas que condicionan el *modo* de perseguir tal contenido. Pensamos que en nuestra realidad jurídica no falta apoyo para precisar algunas de estas exigencias.

Desde el punto de vista doctrinal cabe encontrar cierto fundamento en la recepción de las investigaciones de procedencia alemana sobre la entraña tópica del derecho²⁷. Aunque no

26 b) De ahí lo contradictorio del conocido aforismo "summum ius, summa iniuria". El derecho sin sus ingredientes de equidad (reducido a la ley) es sin duda causante de injurias sumas. Pero tal derecho, lejos de ser un "derecho sumo", está falto de los ingredientes mínimos de todo derecho.

27) Sobre todo *Topik und Jurisprudenz* de Th. VIEHWEG, München, 1963, (2.ª ed.), que ha dado pie a una fructífera discusión. Su principal eco en el área española lo ha encontrado en EL GARCÍA ENTERRÍA, que, aparte de prologar su versión castellana, ha propuesto un planteamiento tópico de los principios generales del derecho como "condensación de los grandes valores jurídicos, materiales y de la experiencia reiterada de la vida jurídica", *La lucha contra las inmuni-*

haya habido unanimidad sobre su valor como instrumento de racionalización del derecho, mediante el logro de una vía que haga su búsqueda al menos “razonable”, ofrece un interesante término medio entre la utopía de una sistematización cerrada y una resignada aceptación de la posible arbitrariedad judicial. La labor jurisprudencial maneja principios jurídicos, pero insertados en casos concretos, ganando en riqueza vital lo que pierde en pureza lógica²⁸. Aporta elementos particularizadamente concretizados, que, en la medida en que permitan una reelaboración generalizadora, ayudarán a paliar el acusado salto entre proposición general y solución del caso concreto.

Creemos, por otra parte, que cabe también encontrar una vía abierta a esta posibilidad en sentencias del Tribunal Supremo. Este ha consagrado en materia administrativa el principio de que en similitud de circunstancias ha de darse similar resolución²⁹, haciéndolo jugar como eficaz medio de demarcación del ámbito de la discrecionalidad del órgano administrativo. Precisamente porque discrecional no equivale a arbitrio, toda decisión de un órgano se convierte en “parangón de su conducta en casos parangonables”³⁰. La discrecionalidad no exime de “mantener un mismo criterio genérico que en igualdad de circunstancias suponga idéntico trato para los administrados”³¹.

Si ello ocurre en el caso de discrecionalidad administrativa, en la que se da una decisión “libre” dentro de un preciso marco “jurídico” (no meramente “legal”), con mayor razón debe jugar en el caso de la subjetividad judicial, que no goza teóricamente de “libertad” alguna, sino que ha de estar plenamente mediatizada por el derecho (y muy especialmente en cuanto trasciende la norma legal). Sería, por ello muy interesante una reelaboración de las decisiones judiciales en base a esa

dades del poder en el Derecho administrativo, “RAP”, 1962, (38), pág. 176.

- 28) Esta sólo tiene sentido en cuanto expresa contenidos objetivos, N. M.^a LOPEZ CALERA, *La estructura lógica-real de la norma jurídica* Madrid, 1969, pág. 177.
- 29) Sobre ello R. ENTRENA, *El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo*, “RAP”, 1962, (37), pág. 63, en torno a una sentencia de 6-VII-1959.
- 30) Sentencia de 10-III-1969.
- 31) Sentencia de 18-XI-1967.

“analogía fácilmente conducente a establecer doctrina de los actos equivalentes, que habría de determinar una igual estimación jurídica de aquéllos, por entronque con el apotegma definidor de que donde existe una misma razón legal debe existir la misma regla de derecho”³².

Ello permitiría, por ejemplo, la elaboración de constantes en la apreciación de motivos a considerar como “justa causa” para dispensar impedimentos matrimoniales (artículo 85 del Código civil), “causa justificada” para señalamiento de plazo (artículo 1.124), “justo motivo para la resolución de sociedad” (artículo 1.707), y, en general, la aportación de elementos de juicio para que la remisión —explícita o exigida por la indeterminación de los conceptos legales— a una intervención equitativa del juez, no suponga una vía libre a su arbitrariedad, sino una razonada expectativa de justicia concretizada.

Esta labor reelaboradora corresponde de manera primaria a los teóricos del derecho —cuyas doctrinas no dejan de influir en las resoluciones del Tribunal Supremo español—, más que a los propios jueces, urgidos por la creciente multiplicación de casos a solucionar. Por ello, este juego del precedente judicial no implicaría el mero reconocimiento de un “usus fori”, sino que, enriquecido por esa decantación teórica, refleproceder tópico en la metodología de la praxis jurídica. En la medida en que vaya surgiendo una efectiva atención a esta tópica de la actividad judicial, el juzgador podrá contar con valiosos elementos que garanticen en lo posible la equidad de su decisión, ya que el trato igualitario es exigencia radical de una justicia concretizada. Será también así más fácil que el juez decida con una clara conciencia de la responsabilidad de su labor³³, sabedor de que su decisión desborda el caso concreto para convertirse en guía de la solución de otros posteriores.

32) Sentencia de 20-XI-1961.

33) En *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual* hemos aludido a esta responsabilidad, como una de las consecuencias de una articulación teórico-práctica del saber jurídico, Madrid, 1973, págs. 73 y ss.

Esta "tópica de segundo grado" no garantiza la absoluta racionalidad ("objetividad") de la decisión, dados los ineliminables aspectos subjetivos que se derivan de la entraña hermenéutica de la realidad jurídica. No se trata sino de un factor más, nada despreciable, del esfuerzo intersubjetivo por moderar su influjo. La equidad, ingrediente de la realidad jurídica, puede beneficiarse de esta contribución de la *tópica*. Con ello, la inserta en el proceso de actualización *hermenéutica*^{33 b} del derecho. Y, por último, pone de manifiesto el inevitable trasfondo de ambos planteamientos: sólo una *ontología* jurídica será capaz de desvelar la "verdad" que sustenta lo "razonable" de una solución, alumbrando el "ser" que late bajo la dimensión "existencial" del derecho. Nada hay menos razonable que excluir, aun provisionalmente, la búsqueda de la verdad, ni nada existencialmente menos consecuente que volver la espalda al desvelamiento del ser.

* * *

Hemos de concluir, pues, que en el ámbito español se pone también de manifiesto la necesidad de trascender las normas legales para lograr una efectiva realización del derecho. Surgen así nuevas limitaciones de la autonomía individual y una más precisa delimitación de la discrecionalidad administrativa. Pero la labor judicial, que sirve de instrumento de estos logros, no es la solución definitiva de la búsqueda de una justicia concretizada, sino que, por el contrario, alimenta conjuntamente la fuente de su principal obstáculo: la inevitable subjetividad judicial. La búsqueda de un efectivo Estado de Derecho no impone sólo una más eficaz demarcación del ámbito de acción del poder ejecutivo, sino que exige, a la vez, una decisiva aportación doctrinal que facilite una mayor objetividad

33 b) F. WIEACKER, ha puesto recientemente de manifiesto esta tendencia de los defensores de los planteamientos de *tópica* jurídica a tomar prestada de los recientes estudios en torno a la hermenéutica jurídica la profundidad de que adolecían, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft* en "Festschrift P. J. Zepos, Athen 1973, págs. 391-415, sobre todo 402-405. Otra interesante muestra de este afán de profundización, por otras vías, lo constituye el trabajo del propio T. VIEHWEG, incluido en este número de la revista.

en las decisiones judiciales. La misma jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha puesto de manifiesto la necesidad de esta contribución, que posibilitaría un más efectivo cumplimiento del principio de igualdad ante la ley y robustecería en el juez la conciencia de la responsabilidad de su función.

Si el derecho no se identifica con la norma "legal", la equidad que ha de servir a ésta de complemento, haciéndola capaz de consecuencias "jurídicas", exige coadyuvar a una progresiva objetivación de la actividad judicial.