

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Rodríguez Llamosí, Juan Ramón

Casos difíciles de conciencia judicial

Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2020, 293 páginas

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre

Académico de Número y Presidente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España
j.a.tomasortiz@gmail.com

La función judicial¹ es, sin duda, aparte de apasionante por lo que referirse a ella en profundidad excedería con mucho los límites de una reseña, de las que conlleva mayor responsabilidad: la de hacer efectivo el tercero de los *tria iuris praecepta* del antiguo brocardo de Domicio Ulpiano, que figura en el *Digesto* con la expresión de *suum cuique tribuere*, es decir, la de hacer justicia cuya esencia es la voluntad perpetua y continua de dar a cada cual lo que le corresponde, lo suyo; una no fácil función que ya llamó la atención en el siglo XVII al filósofo inglés Thomas Hobbes.² Es por ello por lo que el juez ha estado, desde siempre, inseparablemente unido a la moral y a la ética.³ Hace algunos años que un estudio, que viene a sumarse a la bibliografía jurídica española,⁴ hacía referencia a cómo el papel del juez ha sido fundamental en todos los tiempos y en todas las culturas; en él se recuerda que en la Hélade clásica los poemas homéricos destacaron las dos bases en las que se sustenta la realidad vital de la *polis*: la justicia, como una virtud fundamental, y las leyes, que marcan los caminos por los que han de discurrir las conductas de los ciudadanos y las relaciones interpersonales que entre ellos se establecen. Así, pudo decir Aristóteles que el juez (permítaseme la transliteración) es la “dikayon psiche”, “el juez es lo justo viviente” lo que, contemplado hoy, desde el mundo contemporáneo, se traduce en que él es el garante de los derechos de la ciudadanía, y al mismo tiempo el responsable de hacer que el Estado de Derecho sea una auténtica realidad. Si se sigue el transcurso de la historia se observará que otro tanto aconteció en Roma, donde de nuevo es obligado referirse al citado jurista romano que en el libro I de las *Instituciones* dedica a los jueces un párrafo del siguiente tenor: “Conviene que el

¹ Sobre ella, desde la perspectiva mexicana, vid. Arroyo Moreno, Jesús Ángel: *El juez*, en *Jurídica-Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (UNAM)*, núm. 22, México, 1993, pp. 37-103.

² Vid. Isler Soto, Carlos: *Thomas Hobbes y la función de los jueces*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 40, agosto, Valparaíso, 2018, con amplia bibliografía, donde analiza el desacuerdo de Hobbes con el pensamiento del juez Edward Coke.

³ Vid. Miraut Martín, Laura: *La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 57-78.

⁴ Gamonedá Roca, María: *La responsabilidad efectiva de los jueces y magistrados y su comportamiento*, en *Tribuna*, 17 de septiembre de 2014, elderecho.com

que vaya a dedicarse al derecho conozca primero de dónde proviene la palabra *ius*. Se llama así, de *iustitia*, porque, según lo define, con elegancia, Celso el derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo. Por esta razón, algunos nos llaman sacerdotes, pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y de lo equitativo, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres... buscando, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”. Si ahora nos detuviésemos en el antiguo Derecho español las *Partidas* alfonsinas no solamente exigen al juez “buena fama” y “lealtad”, sino también actuar en todo momento con rectitud, sin sentirse condicionado por lo bueno o lo malo que pudiere sobrevenirle a consecuencia de su decisión, de modo que, como se dice en ese monumental Código, no se desvíe del derecho ni de la verdad, ni hagan lo contrario por ninguna cosa que le pudiese venir, insistiendo en que sea una persona íntegra y buena.⁵ Es la misma línea que después seguirá, como no habría podido ser de otro modo, el jurista castellano del siglo XVI Antonio de la Peña,⁶ en su *Tratado muy provechoso, útil y necesario de los jueces y orden de los juicios y penas criminales*, donde advierte que el buen juez debe tener en la memoria todos aquellos preceptos del filósofo que enseña que sea benigno e igual con todos. Añádase a esto el pensamiento del canciller inglés, y padre del empirismo filosófico y científico, Francis Bacon, quien llegó a escribir que una sentencia injusta produce la infección y gangrena de la sociedad. El juez, pues, representa a la sociedad, a los intereses del Estado y a los de cada individuo, y cuando desempeña su función no es un ciudadano más sino que está situado en una posición distinta.⁷ Como señalaba, en 2011, Juan Antonio García Amado en su estudio *¿Objeción de conciencia de los jueces?: “quien se hace juez accede a una posición institucional y, ya no es, en tanto que juez, mero individuo o ciudadano: es institución del Estado y asume deberes institucionales. Los deberes institucionales no son deberes de conciencia, son de otro género e independientes de la conciencia moral de cada cual”*.⁸ Y así se podría seguir ampliando esta especie de “introducción” que, a primera vista, puede parecer una digresión o algo ajeno al libro que aquí nos ocupa, sin embargo, lejos de resultar extraña o improcedente, me parece más bien indispensable para situar al lector no ya ante la responsabilidad moral del juez sino, específicamente, ante el acrecentamiento de ella frente a casos que verdaderamente presentan una gran dificultad de solución, por circunstancias específicas que destacan y se repiten con insistencia y fuerza en la conciencia del juzgador. De ahí que habría que destacar

⁵ Arroyo Moreno ha escrito que el juez bueno es el que no tiene historia, es el incorruptible, el que estudia, el que “se preocupa por encontrar la verdad y la justicia entre las mentiras de las partes y la mendacidad de los testigos..., que trabaja de día y de noche, que se lleva los expedientes a su casa los días feriados...”, vid. su art. cit., p. 37.

⁶ Sobre él, López-Rey Arrojo, Manuel: *Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña*, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. 19, núm. 74, Madrid, 1936, pp. 181-191.

⁷ La figura del juez, y sus posibles comportamientos, ha estado y sigue estando presente incluso en la filmografía y en el teatro, ahí están, como algunos ejemplos los films *The Life and Times of Judge Roy Bean*, dirigido en 1972 por John Houston, o *El juez*, dirigido por David Dobkin en 2014, y las obras teatrales *La fiesta de los jueces*, de Ernesto Caballero, sobre el texto del dramaturgo alemán del siglo XIX Heinrich von Kleist (2011), o *The Originalist* (2015), obra de John Strand sobre el juez conservador asociado a la Corte Suprema de Estados Unidos de América, Antonin Scalia, propuesto en 1986 por el presidente Ronald Reagan, y fallecido el 13 de febrero de 2016, para quien los buenos jueces ni crean ni modifican el derecho, sino que únicamente “se limitan a aplicar su contenido, que siempre ha estado ahí, esperando ser aplicado a un sinnfín de escenarios fácticos” (v. Scalia, Antonin-Garner, Bryan A.: *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, 2012, p. 5).

⁸ Cit. por Gregorio, Beatrice: *¿Es posible la objeción de conciencia judicial? Un futuro incierto*, Universidad Pontificia ICAI-ICADE, Madrid, abril, 2014, p. 14.

que si, ciertamente, los deberes institucionales no son deberes de conciencia la afirmación, creo, no puede ser absoluta, pues al igual que los matemáticos afirman que dos y dos no siempre son cuatro, a veces, al juzgar surge un especial deber de conciencia, que condiciona el desempeño de la función judicial, a los efectos de administrar una recta justicia. Y es precisamente a este tipo de supuestos a los que se refiere, con precisión, detenimiento y claridad, el autor de este muy interesante libro, el magistrado Juan Ramón Rodríguez Llamosí.

El libro que comienza con dos prólogos, uno “ético” y otro “jurídico”, debidos, respectivamente, al catedrático de Filosofía Manuel Suances Marcos y al magistrado Fernando Pinto Palacios, continúa con una presentación del autor en la que, partiendo del *dilema del tranvía*, formulado en 1967, por la filósofa británica Philippa Foot,⁹ (aunque nieta de un norteamericano: el presidente de Estados Unidos de América, Stephen Grover Cleveland) sitúa al lector ante la conciencia judicial cuando el juez ha de dictar su sentencia, un aspecto hasta ahora nada profuso en la bibliografía. La obra se estructura en tres partes en las que sucesivamente se analizan el juramento de toma de posesión de la función judicial y la conciencia, once casos judiciales civiles, catorce casos penales, y se cierra con un epílogo al que sigue una amplia bibliografía de más de ciento treinta títulos.

El autor desarrolla sus ideas frente a una serie de numerosos interrogantes que el juez ha de resolver a lo largo del ejercicio de su labor, como, a título de ejemplo, el de si está sometido a todo tipo de leyes, o cómo actuar cuando entiende que una ley es injusta¹⁰ o incompleta, cuestión, por cierto, en la que es ya clásica la Sentencia de 24 de octubre de 1996 (Sala 2ª), del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que admitió, declarándola conforme con la Ley Fundamental de Bonn, la fórmula que Gustav Radbruch¹¹ estableció en 1946, según la cual el Derecho extremadamente injusto no es Derecho sino que es un falso Derecho, una decisión judicial que el citado Tribunal dictó a propósito de los homicidios producidos por centinelas con ocasión de los muchos intentos llevados a cabo por personas que pretendían huir de la República Democrática Alemana hacia el otro lado del muro de Berlín, el Berliner Mauer, que dividió la capital alemana durante casi treinta años y que, por fin, fue derribado en la noche del jueves 9 de noviembre de 1989.¹² También plantea si puede el juez interpretar el derecho

⁹ Foot plantea un supuesto y una pregunta: un tranvía corre sin control por una vía en la que se encuentran atadas por un malvado filósofo cinco personas; pero es posible apretar un botón que dirigirá al tranvía a una vía diferente en la que, por desgracia, hay otra persona atada. ¿Se debería pulsar el botón? Posteriormente otros filósofos, como Thomson, Unger, Zubiría, etc., plantearon también otras variantes de dilemas morales.

¹⁰ Sobre este aspecto, vid. Rodríguez, Inés: *El juez ante la aplicación de leyes injustas en época de dictadura (Caso real: los juicios de Nuremberg)*, Universidad Pontificia ICAI-ICADE, Madrid, 2014.

¹¹ Sobre ella, Kaufmann, Arthur: *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, en *Neue juristische Wochenschrift (NJW)*, 1995, pp. 81-86.

¹² En los últimos años prestó atención a esta cuestión la doctrina alemana y la española. Tras el trabajo de Carsten Bäcker, de la Universidad Christian Albrechts de Kiel, sobre la *Ley y Justicia en conflicto. La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal*, publicado en los Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, han aparecido otras contribuciones como las de Robert Alexy: *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios por los centinelas del Muro de Berlín*, en *Revista Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 197-230, y el debido a Oscar Pérez de la Fuente, de la Universidad Carlos III de Madrid, titulado: *El caso de los tiradores del Muro*

para aplicarlo, qué es administrar recta e imparcial justicia y el papel que presenta la conciencia judicial ante esa labor, cuáles son los deberes judiciales que al juez compete cumplir *erga omnes*, sin olvidar una referencia al hipotético derecho de huelga de los jueces, y al de asociación que sí está previsto constitucionalmente, de los que rechaza el primero y, respecto del segundo lo entiende como una proyección de los partidos políticos, ante lo cual piensa que tal derecho no debería ser ejercitado afirmando que “hay que apostar de una vez por todas por la despolitización de la Justicia...” (p. 72). En el libro, que retiene la atención del lector desde el principio, discurre el autor sobre la prudencia del juez, sobre los sentimientos de éste al tiempo de resolver, sobre su humildad y buen carácter, así como el respeto que debe a todos los que se relacionan con el tribunal, deteniéndose especialmente en el análisis de quiénes son “todos”. En definitiva, sobre su papel¹³, y sobre cómo deciden.¹⁴ Al respecto podría añadirse aquí la pregunta formulada por Ronald Myles Dworkin sobre si los jueces deben y pueden ser filósofos, ante lo que el egregio filósofo norteamericano responde que, en todo caso, no pueden ignorar la filosofía y han de ser “sinceros” y “realistas”.¹⁵ La lectura de los casos civiles en los se plantea la gran responsabilidad de atender a la “conciencia judicial”, cada cual un “cas d’espèce” (y utilizo la expresión francesa para destacar la “diversidad”, a sabiendas de que quizás no sea totalmente acertado), seguro que no dejarán indiferente al lector; conceder la patria potestad y guarda de un menor a su madre biológica que renunció a él pero que después quiso recuperarlo o, por el contrario, decidir su adopción; actuar de mediador en unas relaciones matrimoniales dramáticas entre las que se halla una hija menor con enfermedad incurable; resolver si un respirador, indispensable ante el covid-19, debía colocarse a una joven madre o a un anciano; la posición del juez ante el secreto de confesión; la consecuencia del consumo de ciertos fármacos, etc. Casos todos ellos que ponen de relieve la complejidad y, a veces, la lucha interior que el juez tiene que mantener y superar, antes de tomar una decisión que plasmará en la correspondiente resolución en la que se hará efectivo el *dabo tibi ius*.

Y lo mismo puede decirse cuando se desplaza al terreno penal ante casos realmente de gran dureza, en los que, igualmente, hace acto de presencia la conciencia judicial: ¿provocar un aborto a una madre gestante con síndrome de Down?; ¿cómo resolver ante casos en los que el presunto delincuente es religioso profeso?; ¿y cómo ante casos de imperiosa necesidad de subsistencia incluida la alimentación de hijos menores, de hurtos famélicos?, etc. El autor también reflexiona sobre algo de gran actualidad: el origen del virus covid-19, que está causando desolación, muerte y crisis sanitarias y económicas en todo el mundo “...cuyo origen -escribe- parece que estaría, según algunos científicos, en las manipulaciones

de Berlín, a vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del Derecho, publicado el 25 de junio de 2011, en los Cuadernos Electrónicos de la Facultad de Derecho (CEFD), núm. 23, 2011, pp. 453-487.

¹³ Oliveros Sanz, Carla: *El papel del juez en la determinación del derecho desde la perspectiva del realismo jurídico*, Universidad de Valladolid, 2016-2017.

¹⁴ Posner, Richard A.: *Cómo deciden los jueces*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

¹⁵ Dworkin, Ronald: *¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?*, trad. esp. de Leonardo García Jaramillo, en *Isonomía*, núm. 32, abril, 2010, pp. 7-29; Dworkin en su estudio sobre el concepto del Derecho precisamente pone el acento en los “hard cases”, en los casos difíciles, sobre él vid. Rojas Amandi, Víctor Manuel: *El concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 56, núm. 246, 2006, pp. 355-412.

llevadas a cabo en un laboratorio de Wuhan, en China. ¿Será posible?... ¿es posible que el hombre sea tan estúpido que sea capaz de cavar su propia tumba?...” (p. 220), una cuestión, por cierto, que ni siquiera la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha visto clara tras una reciente investigación, que llevaría a adentrarse en el ámbito del Derecho internacional, y que tienta al internacionalista a plantearse y discurrir sobre una hipotética responsabilidad internacional del Estado en el que se inició la pandemia, es decir, de la República Popular China. En el epílogo el autor hace una reflexión en la que pone de relieve que para ser justo el juez ha de buscar algo más que la justicia, resaltando lo que le fue advertido tras su jura por su progenitor: el mayor juez, tu conciencia.¹⁶ La lectura de las páginas de esta obra llevará sin duda al lector a reflexionar y hacia la conclusión de que el juzgar es algo inseparable de la conciencia, porque el *suum cuique tribuere*, encierra el mismo valor en el proceso civil, ya sea mayor o menor su cuantía, y en el penal por leve o grave que el delito fuere. Significa ello que la función judicial conlleva una extraordinaria e ineludible responsabilidad y en este sentido, este libro, escrito con claridad, precisión y acierto, que resulta sumamente instructivo incluso para cualquier persona no experta en leyes, debería ser leído, con la máxima atención, no solamente por jueces y demás operadores del Derecho sino también, muy especialmente, por quienes hoy están formándose, en las universidades, como futuros juristas, y piensan acceder un día a la carrera judicial. A mi parecer estamos ante una obra que, escrita por un magistrado, revela a través de sus páginas, una y otra vez, su fuerte e indestructible vocación por la tarea a la que se enfrenta cada día, y que supone, en y para la bibliografía jurídica, una novedad que hasta ahora, como ya se apuntó, no había sido objeto, al menos en la española, de una especial atención, todo lo cual hace que su autor sea merecedor, sin hipérbole alguna, de los más sinceros parabienes.

¹⁶ Y efectivamente así es pues, como afirmó Arroyo Moreno, “el juez tiene la misión de hacer justicia y hacerla de acuerdo con su conciencia y las constancias de autos”, vid. su art. cit., p. 103.