

Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría

On the cultural poverty of a (judicial) practice without theory

Perfecto Andrés Ibáñez *

Tribunal Supremo de España

* Magistrado Emérito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, y director de *Jueces para la Democracia. Información y debate*. Código ORCID: 0000-0003-2009-7949. **Correo electrónico:** peanib@gmail.com.

RESUMEN

El modelo tradicional de formación inicial de jueces para el desempeño del rol, en España, pero no solo, se ha cifrado y se cifra en la asimilación mecánica de todo un cúmulo de nociones estereotipadas relativas a las diversas disciplinas. Se trata de un bagaje que, por su carácter desproblematizador, no se ajusta en absoluto al perfil de los modernos ordenamientos constitucionales complejos, dotados de distintos niveles y, con frecuencia, internamente conflictivos y cambiantes; y menos a su práctica. Pero responde, en cambio, al histórico tipo de juez del modelo napoleónico, *longa manu* del poder en acto más que garante de derechos, tendencial aplicador *mecánico*. La alternativa a esta clase de *formación* estaría en otra que incorporase a un buen conocimiento operativo del derecho positivo en su ser actual y realmente vigente, una formación teórico-filosófica en la línea sugerida una vez por Manuel Sacristán, como «un nivel de ejercicio del pensamiento» a partir de y sobre el específico campo temático y de la actividad propia de tal clase de operadores.

Palabras clave: capacidad crítica y autocrítica, selección y formación inicial de jueces, «juez fonográfico», corrupción política, positivismo ideológico, prueba, *quaestio facti*, *quaestio iuri*, libre convicción, Estado Constitucional de Derecho, jurisprudencia.

ABSTRACT

The traditional model of initial training of judges in Spain and in other countries has been focused, and is still focused, on the mechanical digestion of a pile of stereotyped notions related to several legal subjects. This knowledge is presented with no references to specific legal disputes and does not meet at all, neither the profile of modern complex constitutional legal systems consisting of several levels, internally changing and conflicting; nor the practice of those systems. It does correspond, however, the historical model of the Napoleonic judge, who tends to act as a mechanical enforcer of the law and the *longa manu* of the real power rather than guardian of the citizens' basic rights. The alternative to this kind of judicial training would be a system of training incorporating a high quality operative knowledge of the positive law actually in force, together with a theoretical-philosophical training in line with the suggestions made by Manuel Sacristán of «a level of exercise of thinking» based on the specific field and activity inherent to that group of legal practitioners.

Keywords: critical ability and self-criticism, selection and initial training of judges, «phonographic judge», political corruption, ideological positivism, evidence, *quaestio facti*, *quaestio iuris*, free assessment of evidence, constitutional rule of law State, case-law.

I. UNA INFRACULTURAL CULTURA PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

Hace ya muchos años, Manuel Sacristán (1968, pp. 33-34 y 7-8) escribió un interesantísimo y polémico *pamphlet*, en el que abogaba por un «filosofar [...] pobre y desnudo, sin apoy[o] en secciones que expidan títulos burocráticamente útiles, sin encarnarse en asignaturas de aprobado necesario para abrir bufete». Pretendía, de este modo, «borrar la idea falsa de que la filosofía sea un cuerpo sistemático de conocimiento sustantivo comparable con el de cualquier teoría», al entender que «es más bien un nivel de ejercicio del pensamiento a partir de cualquier campo temático» (1968, pp. 33-34); destinado a promover «la agudización de la capacidad crítica del estudioso y el robustecimiento de su capacidad de entenderse en el mundo, de aclararse sus propios condicionamientos, su hacer y los objetivos que dan sentido a su conducta y, consiguientemente, a sus conocimientos positivos [...]. Todo lo cual podría decirse más brevemente llamando a este segundo efecto potencial de la orientación filosófica agudización de la capacidad de autocrítica». De este planteamiento de índole teórica, más bien metateórica, tendrían que seguirse, en el esquema del autor, importantes consecuencias en lo relativo a la articulación u organización académica de la impartición de los correspondientes saberes.

No es mi propósito discutir aquí, precisamente, este asunto, aunque sí diré que la propuesta de Sacristán me pareció y me parece muy sugestiva. Lo que me interesa es discurrir brevemente sobre un efecto o resultado de la tradicional *formación* canónica de los jueces (desde luego en España, pero no solo), la cual discurre de espaldas a ese paradigma y que muy bien podría tener como antecedente causal la conciencia de que algún filosofar sobre el derecho y su práctica, del género del postulado por Sacristán, podría producir en ellos un efecto —el de la agudización de la capacidad crítica y autocrítica— sin duda perturbador desde el punto de vista del papel social y político, también tradicionalmente, asignado a su función por los centros de poder. Que, sin embargo, ganaría sensiblemente en calidad, de adoptarse y seguirse la propuesta formulada por este autor. Algo que no parece haber interesado.

El *modelo* de selección de los jueces que tomo como referencia es el vigente en España desde hace no menos de un siglo. Responde al nombre de «oposiciones» y se cifra en la preparación de un programa con varios cientos de temas (de derecho constitucional, civil, penal, procesal, administrativo y mercantil), de los que los sacados a la suerte serán expuestos, en un tiempo record, ante un tribunal (que es como tradicionalmente se conoce a la comisión examinadora). En realidad, más que expuestos, tendría que decirse *disparados* sobre esta, de un modo ciertamente irreflexivo y mecánico, ya que el examinando no cuenta materialmente con tiempo para hablar con conciencia de lo que dice. Por eso, es tan fiel como expresivo de la lógica del sistema, el dicho de preparador: «Ahora a estudiar, que de pensar ya tendrás tiempo»¹.

Y, en efecto, de un *estudiar* sin pensar² se trata; y para hacerlo posible, los materiales de uso, las bien llamadas *contestaciones*³, son elaboradas *ad hoc*, por el expeditivo procedimiento de *desnudar* el texto de los manuales de corte académico (en muchos casos, ya de por sí, escasamente *vestidos*) de toda referencia teórica, de cualquier apunte de reflexión, sobre todo de reflexión crítica. Esto tiene como finalidad precisamente facilitar la memorización más lineal y funcional a la clase de aprendizaje de que se trata. Claramente, el ideal para producir y reproducir —parafraseando a Neumann (1983, p. 61)— un tipo de juez de juez «fonográfico»

que haría las delicias de Montesquieu. Con la relevante particularidad de que el modelo de juez postulado por «el inmortal presidente» —que es como lo calificó Beccaria (2011, p. 109), acuñando una frase que se ha hecho tópica— puede muy bien considerarse una propuesta de avanzada en su época, alternativa al tipo de juez del *ancien régime*, en particular el representado por los *Parlements* franceses, los cuales operaban con unos márgenes de discrecionalidad prácticamente ilimitados⁴.

El sistema ha suscitado polémica desde antiguo. Así, es conocido, como clásico, el criterio de Beceña (1928, p. 309), que dijo de él: «se defiende entre nosotros por una cualidad negativa [...] vive, pues, no por virtudes propias, sino a expensas de los defectos de otros sistemas». Debido a que, en efecto, lo que le haría bueno, entre los representados por otras opciones posibles, es la predicada *objetividad* en la selección, dado que dejaría márgenes muy estrechos de apreciación en quienes la llevan a cabo. Saber o no saber los temas, debidamente memorizados, sería la única cuestión, se supone que perfectamente discernible por razón de la concreta especificidad de la materia y el modo de exposición⁵.

En realidad, cabe decir que, al menos implícitamente, la polémica permanece, porque es muy difícil encontrar defensores del procedimiento de referencia fuera de los medios judiciales más convencionales. Pero es una polémica, más bien una cierta contestación soterrada, que raramente toma forma escrita en intervenciones concretas. Además, aquel, aunque pudiera parecer mentira, ha suscitado un consenso *de facto* y *de iure* prácticamente unánime en todas las fuerzas políticas⁶. Incluida la izquierda, gobernante en España, como se sabe, durante un buen número de años. Diríase que, visto su mantenimiento a despecho del tiempo, los componentes de los sucesivos arcos parlamentarios han tenido las mejores razones para considerar que el régimen de oposiciones y, sobre todo, el tipo de juez que promueve y reproduce, sería el más funcional a un oculto proyecto político común. A ciertos oscuros intereses transversales, compartidos por formaciones políticas de poder que, curiosamente, se ha visto, han compartido también en sus experiencias de gobierno una irresistible, más bien estructural propensión a actuar al margen de la ley; como ahora se sabe merced a la multitud de aparatosísimas causas por corrupción abiertas en la generalidad de nuestros países⁷.

Dicho un tanto crudamente, parece ser que lo buscado sería un tipo de juez *demediado*, en el sentido de (infra)culturalmente dotado para el manejo más rutinario y *mecánico* de las categorías jurídicas, tomadas estas en su modo de comprensión más tradicional. *Amputado*, por tanto, de la capacidad de plantear y plantearse preguntas acerca de las contradicciones internas del orden jurídico y sobre los desafíos dirigidos al mismo por una realidad injusta, conflictiva y cambiante, que ellos deberían *ver solo sub specie iuris*, y de un derecho profundamente desigual y asimilado según el patrón *formativo* de que aquí se trata. Este patrón ha tenido y tiene en España una de sus manifestaciones más emblemáticas, pero dista mucho de ser una exclusiva española. En realidad, se trata de una proyección institucional del positivismo ideológico que ha reinado de forma masiva en las magistraturas europeas, con los efectos que se conocen, en momentos particularmente dramáticos⁸; y que, en general, ha contribuido decisivamente a que estas prestasen acrítica y pacíficamente el servicio político consistente en desempeñar, sobre todo, funciones ideológicas y de control social, este no solo en clave penal.

El antimodelo de referencia tiene muy diversas implicaciones, aunque me ocuparé solo de las que guardan mayor relación con la rúbrica bajo la que se agrupan los trabajos que integran esta publicación. En concreto de las relacionadas con la inteligencia y la aplicación del derecho y con la calidad de esta, sin duda buscada a través del señalado proceso *formativo*.

II. TRADICIONAL MALTRATAMIENTO DE LA *QUAESTIO FACTI*

Un primer rasgo, no precisamente banal, digno de ser destacado, es el tratamiento, quizá mejor el no-tratamiento, tradicionalmente dado a la *quaestio facti* en la experiencia jurisdiccional. Ello ha sido posible merced al modo universalmente asumido de interpretar el principio de libre convicción en la valoración de la prueba, materia en la que ha prevalecido el criterio de la, bien descrita por Carrara (1976b, p. 233), «convicción autocrática»⁹. Esta consiste, básicamente, en la banalización de aquella como «cuestión», esto es, como asunto problemático al que enfrentarse con algo más que un punto de buen sentido¹⁰, que es lo que muy expresivamente postulaba una sentencia del más alto tribunal español, de los años noventa del pasado siglo: «El principio de libre valoración de la prueba [...] supone la apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase [...] sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente».

En el mismo contexto de cultura jurisprudencial, la convicción sería un «estado anímico de certeza», un «factor psicológico», es decir, el fruto de una impresión holística generada en el juzgador por la prueba, (auto) captada por él de un modo emocional, intuitivo, como algo *producido* en su psiquismo, sin que él mismo supiera saber muy bien por qué, y que tan solo debería viabilizar vertiéndolo apodócticamente en la decisión. Esto, en particular, en el caso (el más habitual, tratándose de la justicia penal) de la deposición del testigo presencial creíble¹¹, considerado el medio de prueba *directo* por antonomasia, dotado de la (supuesta) virtuosa capacidad de poner al juzgador en contacto inmediato *con los hechos*. De donde se seguiría que, acreditada como *por principio* una certidumbre de semejante eficacia representativa, bastaría con dejar constancia en el fallo de su existencia como tal, pues lo demás, esto es, la calidad convictiva de aportaciones así producidas sería un cierto *va de soi*.

Como ha escrito Ferrajoli (2011, p. 139), «la fórmula de la "libre convicción" [...] expresa un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba», pero que fue recibido, por la doctrina, particularmente por los tribunales, cual «un criterio discrecional de valoración». Es como se pudo «eludir en el plano teórico y en el práctico el enorme problema de la justificación de la inducción» probatoria y cómo pudo transformarse aquel «en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces». Arbitrio de los jueces que, en una visión macroscópica del fenómeno, ha significado arbitrio del poder político, dado que estos, como ha sido lo propio del sistema de organización predominante, han formado un cuerpo compacto, jerárquicamente articulado e integrado por el vértice en el área del ejecutivo, a través de un ministerio dotado de la potestad de atribuir con total discrecionalidad la condición de alto magistrado y la consiguiente de cooptar entre estos a los dotados de funciones de *gobierno* interno de la *carrera*.

Seguramente, ningún perfil de la jurisdicción tradicionalmente entendida, acredita como este lo que significa —considerando, es obvio, asimismo el esquema organizativo— una *cultura* de los jueces construida al margen de la cultura, en este caso filosófica-política, sobre la auténtica naturaleza de la propia actividad. El resultado, como es sabido, ha sido el de un manejo esencialmente burocrático-formal de los asuntos, esto es *procesal* en el más convencional de los sentidos, vinculante, por tanto, en el plano del trámite, pero librado a la más absoluta discrecionalidad valorativa en lo concerniente al importantísimo campo de la decisión, cargado de implicaciones epistémicas. Basta un simple reenvío al índice de cualquiera de las obras convencionales de derecho procesal para advertir cómo el tratamiento de tal momento nuclear del proceso resulta generalmente elidido. No sin razón, pues la materia escapa al preciso campo del derecho, pero de forma irrazonable e injustificada, en la medida en que, por lo general, suele faltar cualquier indicación o reenvío al respecto. En términos prácticos, esto ha resultado

equivalente a la consagración académica de un gravísimo vacío de cultura, equivalente a un implícito y más que cuestionable respaldo *teórico* a la tradicional inteligencia (política en última instancia) de la discrecionalidad judicial en materia probatoria.

Es por lo que, en alguna ocasión, me he referido al ámbito de la prueba y de la formación de la convicción en la materia, como una cierta *res nullius, ocupada* en algunos casos con el necesario rigor teórico y plena legitimidad jurídica, y por fortuna, por alguna teoría y filosofía del derecho¹², la cual en estos años ha venido a llenar el aludido vacío de tratamiento de tales asuntos, del cual se han seguido y se siguen consecuencias de una gravedad indudable¹³.

Por esa vía, es decir, merced a la integración metódica de un saber correspondiente, dicho de la forma más general, al campo de la filosofía, con el propio de la dogmática del proceso penal en materia probatoria, está siendo posible, no sin esfuerzo, cubrir una importante laguna en la cultura de la jurisdicción de los operadores de este área que —en palabras de uno de ellos (Fassone, 1986, p. 721)— como el «burgués gentilhomme» de Molière al tomar conciencia de que hablaba en prosa, podrían llegar a experimentar una sorpresa equivalente al hacerse conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en el racional ejercicio de la función (para una instructiva aproximación a esta dimensión del enjuiciamiento en sus diversos aspectos e implicaciones, véase Ubertis, 2017, *passim*). Confinada, no obstante, durante tanto tiempo en un marco regido por esa especie de *intuición* o *iluminación* sin reglas a la que me he referido (la cual guarda cierta relación con ese «impresionismo judicial» del que, aunque en otro contexto, habló François Geny, 1954, p. 305).

El tipo de tratamiento de la *quaestio facti* en la experiencia judicial considerada —en el que se han hecho presentes (y no en pequeña medida siguen estándolo) los problemas a que acaba de aludirse— es materia en la que se hacen bien patentes las insuficiencias y distorsiones del modo más convencional de aproximación *teórico-práctica* a las cuestiones que suscita el ejercicio de la jurisdicción. Pero no constituye el único campo digno de consideración en tal clave de denuncia, ya que el de la *quaestio iuris* y el de la misma caracterización del fenómeno jurisprudencial, se han manifestado igualmente fértiles al respecto.

III. LA EXPANSIÓN DE LOS MÁRGENES DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

El punto de partida hay que situarlo ya en las previsiones del temario por el que se rige la preparación del acceso al rol que ubica el asunto de la interpretación de la ley, algo de una importancia capital, tratándose de futuros jurisdicentes, en el área del derecho civil, dedicándole exclusivamente una parte de un tema¹⁴, concebida, además, del modo más tradicional, visto el tenor de los epígrafes. Con la particularidad de que ese déficit de partida difícilmente podrá ser ya subsanado en el marco de la formación inicial en régimen de escuela. En efecto, pues en los meses de duración de esta (equivalentes a un curso académico) prima la atención a la dimensión más bien práctica de las cuestiones que es, comprensiblemente, la que más preocupa de hecho a quienes pronto tendrán que ocuparse de decidir conflictos concretos en un marco habitualmente connotado, además, por la sobrecarga de trabajo.

No hace falta decir que ya el propio *modelo* de selección (con el de juez que va implícito en él) se lleva estructuralmente mal con un tipo de ordenamiento como los actuales, particularmente complejos, internamente problemáticos por la superposición de niveles normativos, con frecuencia insuficientes a la hora de dar respuesta a tantos problemas emergentes como adquieren estatuto judicial, y no pocas veces faltos de coherencia, cuando no abiertamente contradictorios. Lo que hace que, por lo regular, los casos resulten ser ricos en implicaciones

problemáticas que pueden estar determinadas tanto por la complejidad de la materia como por la trascendencia de sus consecuencias prácticas. Al respecto, bastará con apuntar los serios problemas suscitados en España por las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo usuales en la práctica bancaria. En efecto, tras la estimación por el Tribunal de Luxemburgo de la cuestión prejudicial planteada en la materia por un juez, se produjo una reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por ley 1/2013, de 14 de mayo), pero entre las prisas y la desgana gubernamental en la aplicación de la sentencia, la reforma mantuvo una serie de desigualdades (siempre, claro, en favor de los bancos), lo cual dio lugar al nuevo planteamiento por los jueces de algunas cuestiones prejudiciales europeas.

De igual manera, la sentencia del mismo tribunal luxemburgués, de 14 de junio de 2012, declaró que el juez podía y tenía que controlar las cláusulas abusivas en toda clase de procedimientos, incluidos los monitorios. Pues bien, el legislador se desentendió de esta importante resolución manteniendo en vigor un procedimiento en el que el juez no podía intervenir más que para despachar la ejecución, incumpliendo así su papel de órgano de garantía de derechos, función esta que, así, quedaba en realidad librada a la discrecionalidad del competente en la ocasión en función de su sensibilidad constitucional.

Otra iniciativa del legislador, debida a la ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, consistió en prescindir de la jurisprudencia constitucional en materia de indefensión en el caso de los juicios por desahucio, previendo, luego de un primer y único intento de citación del inquilino, el recurso a los edictos y la subsiguiente emisión por el secretario de una orden ejecutiva de desahucio, con fijación de la cantidad adeudada, sin audiencia de aquel. El Tribunal Constitucional, en respuesta a un primer recurso de amparo, dispuso que la ley debería ser interpretada constitucionalmente, reintegrando en ella, por tanto, la previsión de la que el legislador había prescindido y reforzando así el protagonismo y la responsabilidad del juzgador.

No hará falta subrayar lo lejos que queda de estos casos la imagen del juez pertrechado de las típicas o tópicas nociones desproblematizadas, de un nivel menor que *de manual*, acerca de las «distintas concepciones de la interpretación», cuando lo que, en tal clase de supuestos, se demanda jurídicamente de él es una labor, ya no meramente integradora, sino incluso de efectiva suplencia de las omisiones de un legislador perezoso, si no activamente resistente frente a las exigencias de una jurisprudencia de orden supranacional que normativamente le vincula. Esto por no hablar de la infinidad de supuestos en los que este mismo legislador *delegasistemáticamente* en los jueces la resolución de asuntos socialmente muy conflictivos que, precisamente por eso, evita mediar con una acción legiferante eficaz, por otra parte, obligada.

La aludida es una situación que advera las interesantes afirmaciones de Rodotà (1992, p. 174) en el sentido de que «se ha llevado [se están llevando, cabría decir] ante la magistratura, conflictos que no han tenido acceso posible a otras sedes institucionales». Con la particularidad de que, según explica el autor: «no puede decirse, sin embargo, que sea una actividad impropia o incluso ilegítima porque, en la inmensa mayoría de los casos, [se trataría de] atribuir relevancia a derechos, intereses, necesidades, sujetos que *ya* la habían asumido en el cuadro constitucional o, incluso, habían obtenido un reconocimiento formal por parte del legislador».

Se trata de una observación que, dada la época de su formulación, muy bien podría calificarse de profética en relación con lo sucedido en estos años marcados por la terrible crisis en curso, universalmente gestionada mediante políticas ciertamente brutales de recorte y limitación de

derechos sociales y no solo en una clave tendencial, sino ya directa y realmente abolicionista de estos. Profética, desde luego, en lo que se refiere a la evolución experimentada por el tipo de demandas dirigidas a los tribunales, orientadas a que —con el exigible respeto de la jerarquía normativa— den preferencia a la opción constitucional genuina y explícita sobre la instrumentada mediante disposiciones de inferior rango que, con la mayor frecuencia, ponen en acto políticas *austericidas* que, en realidad, nadie ha votado, pues nunca fueron expuestas abiertamente al sufragio.

Difícil encontrar un tipo de vicisitudes que ilustre con mayor fidelidad sobre la distancia cualitativa existente entre el diseño y la correspondiente *formación* para el rol de un tipo de juez mantenido en el tiempo «contra viento y marea», y lo que amplísimas capas sociales martirizadas por las políticas en acto demandan de él en estos años. Un tipo de juez cuyo perfil es, sin duda, anacrónico en relación con estas y con la línea de principios inscrita en las Constituciones de última generación; pero, seguramente, no tanto o nada, de estar a lo que las aludidas políticas en curso necesitan e instan de él como servicio *político*. Datos todos que contribuyen a configurar un contexto en el que ser juez de la Constitución (*constitucionalmente entendida*), aparte de representar una forma de negación del propio ADN jurídico-cultural de partida, será fuente de indudables conflictos, sobreañadidos a los ya *proprios* de los casos objeto de conocimiento. Aunque solo sea porque la lógica neoliberal extrema impresa en las políticas vigentes no puede dejar de chocar *objetivamente* con derechos fundamentales de todas las generaciones que, en general, mantienen normativamente su vigor.

IV. UNA JURISPRUDENCIA MENOS DE VÉRTICE Y MÁS CORAL

Este peculiar estado de cosas tiene también una repercusión inevitable en la actual formación de la jurisprudencia. En el sentido de que lo que ahora sucede en este marco, el cual nunca ha respondido con la fidelidad que se presupone a la imagen propia del modelo aquí cuestionado, se aleja, ahora todavía más abiertamente, de él.

En el contexto propio de las magistraturas tradicionales, internamente jerarquizadas y *gobernadas*, como se ha dicho, por un vértice cooptado políticamente, encarnado por los tópicos tribunales o cortes supremas investidos de funciones jurisdiccionales y de *gobierno* (político) *de la carrera*, lo habitualmente denotado como «jurisprudencia» estaba representado por las sentencias emanadas de estos y, en particular, por las máximas contenidas en ellas y, más en particular todavía, por las acuñadas en sus plenos de carácter paralegislativo, dirigidos a establecer criterios en materia de interpretación. Hay casos, como el de la brasileña *sumula vinculante*, y como el que, en España, en un momento todavía reciente (Andrés Ibáñez, 2015, p. 296), formó parte del proyecto del Ministro de Justicia Ruiz Gallardón, proyecto que, afortunadamente, no se materializó en ley, en los que la dimensión prescriptiva de lo decidido por los altos tribunales adquiere el más alto rango, imponiéndose —a modo de diafragma entre la ley y el juez— imperativamente a todos los demás. Fuera de estos casos, y aun cuando no rija de manera formal el régimen del precedente, lo cierto es que *la jurisprudencia*, en el sentido convencional del término, tiene siempre un indudable vigor, por más que su grado de imperatividad práctica esté normalmente en función del de *supra* y subordinación jerárquico-administrativa existente en el interior de la *carrera* de que se trate.

Pero, con todo, lo cierto es que, a pesar del cultivo de esa imagen formal de la jurisprudencia como emanación del vértice, esta, en la generalidad de los casos, tiene mucho o bastante de producto cooperativo o coral, dado que, aunque la última palabra corresponda al superior en

altura, se practica o construye a muchas voces y en virtud de una relación que es de interactuación dialéctica entre las diversas instancias.

Pues bien, como consecuencia de las peculiares vicisitudes de la práctica judicial en curso a que antes he hecho referencia, lo aportado por las instancias procesalmente inferiores está adquiriendo en estos años una relevancia de gran significación cualitativa en la perspectiva de la contribución a la formación de *la jurisprudencia* como producto final. Precisamente, por la frecuente notable significación de las iniciativas movidas desde abajo que, cuando están cargadas constitucionalmente de razón, como en el caso de los supuestos antes aludidos, y más si cuentan con un amplio consenso social, marcan pautas de actuación difícilmente eludibles, desequilibrando en cierta medida los términos del diálogo entre tribunales de corte convencional. Pero también por el dato de que la posibilidad de cuestionar la legitimidad constitucional de las leyes prevista en las actuales constituciones, ha impuesto a quienes judicialmente operan con ellas, cualquiera que sea su nivel orgánico, el deber de llevar a cabo una lectura crítica de las mismas antes de decidir sobre su aplicación al caso.

La *vexata quaestio* de si los tribunales crean o no derecho sigue gozando de incuestionable vigencia como tal, es decir, generando polémica, en los medios de la teoría, y no solo. Desde mi punto de vista, como he escrito en alguna ocasión, los jueces no crean (formalmente) derecho, pero no tengo duda del carácter siempre en cierta medida creativo¹⁵ de su función (Andrés Ibáñez, 2015, p. 305). Una medida que puede adquirir mayor o menor relevancia a tenor de las particularidades (normativas y fácticas) del caso concretamente objeto del ejercicio de la función.

En el complejo político-cultural representado por el *modelo* más tradicional de magistratura, hoy vigente, de manera explícita, en no pocos países del mundo de habla hispana, pero latente en otros (con indudable negativa eficacia) en los recovecos del tejido institucional, la, por decirlo de algún modo, interlocución con el legislador estaría reservada en exclusiva al vértice judicial. Luego, de este emanaría (supuestamente) un *product* definitivamente elaborado susceptible del tipo de aplicación postulado hace unos años por Requejo Pagés (1989, pp. 153-154). Este autor asimilaba el «sistema jurídico» actual a «una red de distribución de agua» que es lo que, a su entender, permitiría al juez, únicamente «habilitado para manipular la llave de paso [...], limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento» —en el antimodelo de referencia, con la señalada mediación jerárquica— sin añadirle nada. Es lo que justificaría un tipo de *formación* para el rol como el ilustrado al principio, caracterizado por el automatismo y el carácter mecánico de la *aplicación* (sin interpretación) del derecho, en su proyección práctica.

Tal es la razón del perfil infracultural de la misma, la cual, con toda coherencia, en el sistema, a partir del trámite ilustrado de la selección inicial, en el plano *formativo*, quedaría solo pendiente de completarse con la impartición a los neo-jueces de algunos rudimentos burocráticos, los imprescindibles para *mover el papel*. Así, se cerraría de este modo el ciclo formativo mediante la dotación de una dimensión práctica a quienes ya estarían en posesión de los necesarios conocimientos *teóricos*.

V. POR LA RACIONAL INTEGRACIÓN DE UNA TEORÍA CON PRÁCTICA Y UNA PRÁCTICA CON TEORÍA

Pero, paradójicamente, el resultado —dicho de un modo que (lo aceptaré) no está exento de alguna simplificación— era el propio de la *formación* en una *teoría* sin práctica y una *práctica* sin teoría, tomando ambos conceptos en un sentido dotado de algún rigor. En efecto, no puede

llamarse «teoría» al referido conjunto de nociones reflexivamente *desnudas* de sus implicaciones históricas, teórico-filosóficas e incluso teórico-jurídicas. Ni, «práctica jurisdiccional» a la gestión burocrática de unas formas procedimentales, calculadamente previstas para servir de cauce, nunca inerte, a aquel tratamiento reductivo de las categorías jurídicas. Tratamiento que, sin duda, se encuentra dirigido, a su vez, a desactivar los conflictos por la limitación, en los gestores, de la capacidad de conocimiento de sus implicaciones eventualmente más problemáticas, en una clave crípticamente política en última instancia.

De este modo, el tradicional tratamiento político-legislativo a la baja de todo (personal y medios) lo relacionado con la magistratura como instancia, orientado a limitar su capacidad de intervención, tendría el complemento imprescindible en la infradotación jurídico-cultural de los operadores, en una especie de cierre del círculo del diseño organizativo. Ese que ahora, podría decirse, ha acreditado ser tan funcional a la hora de dificultar, restándole incisividad, la persecución de las conductas delictivas gestadas con impresionante profusión de medios de esa política que tanto necesita de la ilegalidad para mantenerse y reproducirse en sus constantes.

El ya citado «juez fonográfico» y su universo (infra)cultural fueron sin duda concebidos, según ya se ha dicho, de forma nada inocente para la gestión de un orden jurídico propio de la sociedad «monoclase» (Zagrebelky, 2011, p. 32). Y, solo con retoques en el proyecto inicial, ha llegado hasta nosotros, con su probada funcionalidad, a las políticas en curso. Como se ha hecho ver, ese (anti)modelo de juez, en tantos aspectos vigente, lo es de espalda a las necesidades, no solo de unas sociedades pluralistas, como las nuestras de hoy, sino también de espaldas a las de los ordenamientos resultantes de la vigencia (por más que limitada) de las Constituciones de última generación, con sus ordenamientos complejos. Por eso, resulta imprescindible poner a los jueces a la altura de estos en materia de formación para el rol, integrando en su acervo de saberes, tributario de una realidad del derecho, hoy no vigente, lo que solo la filosofía y la teoría del derecho, propiciando una rica actitud reflexiva orientadora de las correspondientes prácticas, estarían en condiciones de aportar.

Una iniciativa, y el correspondiente movimiento, de este género no puede esperarse, desde luego no autónomamente, de lo que habitualmente se entiende como *la política*. Así, tendría que partir de una confluencia de algún sector (el más críticamente comprometido con los valores ideales de la función) de los propios jueces, con algún sector también (sensible a idénticos valores) de la Academia. Es lo que esta podría/debería hacer, desde la teoría, en favor de una práctica del derecho dotada de la imprescindible dignidad teórica. A fin de «posibilitar [para decirlo también con Sacristán (1968, p. 30)] que el estudio positivo adquiera las perspectivas críticas que le dan dimensión filosófica», es decir, «consciencia de los problemas gnoseológicos radicales» implicados, tratándose de la actividad jurisdiccional, en cada caso objeto de conocimiento y en la propia dimensión institucional de la misma como instancia.

Es lo que haría posible esa magistratura capaz, en la propuesta de Pizzorusso «de hacerse portadora, en el proceso de creación-actuación del derecho, de esas influencias jurídico-culturales que sirven para asegurar el respeto de los principios fundamentales que componen la constitución material vigente [...] y, más en general, la continuidad del derecho aun en su constante evolución» (1990, p. 67).

Mientras estas condiciones no se den de manera efectiva, la convencional *formación teórica* de los operadores judiciales, lejos de iluminar sus prácticas, actuará (seguirá actuando), al menos tendencialmente, como una suerte de lastre o diafragma ideológico. Ideológico en el sentido marxiano de generador de falsa conciencia en los jueces acerca del propio modo de operar y del

auténtico sentido de su papel en relación con el medio social y con las demás instancias institucionales.

Por fortuna, las actuaciones judiciales aludidas contra las ilegalidades del poder, de profunda inspiración constitucional hoy registrables, en mayor o menor grado, en los diversos países, sugieren la presencia de un cambio cultural en sus magistraturas que expresa una indudable tendencial quiebra del modelo aquí objeto de crítica. Una quiebra que, con distintas proporciones porcentuales en el grado de implantación, tiene una importante significación cualitativa, porque sabido es que los dogmas (y de dogmatismo jurídico-político se trata) no conocen quiebras menores.

REFERENCIAS

Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el Estado constitucional*. Prólogo de L. Ferrajoli. Madrid: Trotta. [[Links](#)]

Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 73-88. doi: 10.14198/DOXA2011.34.04. [[Links](#)]

Bagüés, M.F. (2007). Las oposiciones: análisis estadístico. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 59, 25-35. Recuperado de [http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista 59 julio 2007.pdf](http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2059%20julio%202007.pdf). [[Links](#)]

Barbacetto, G., Gómez, P. & Travaglio, M. (2012). *Mani pulite*. Prefacio de P. Davigo. Milán: Chiarelettere. [[Links](#)]

Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*. Prefacio de P. Calamandrei, ed. bilingüe de P. Andrés Ibáñez, con texto italiano establecido por G. Francioni. Madrid: Trotta. [[Links](#)]

Beceña, F. (1928). *Magistratura y justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*. Madrid: Librería General Victoriano Suárez. [[Links](#)]

Carrara, F. (1976a). El antiguo procedimiento penal de Luca. En *Opúsculos de derecho criminal II* (J.J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte trads.). Bogotá: Temis. [[Links](#)]

Carrara, F. (1976b). *Programa de derecho criminal II* (J.J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte trads.). Bogotá: Temis.

Cordero, F. (1991). *Procedura penale*. Milán: Giuffrè.

Fassone, E. (1986). Qualche altra riflessione in tema di prova. *Questione giustizia*, 3.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Basoco trads.). 10ma ed. Madrid: Trotta. [[Links](#)]

Geny, F. (1954). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II*. Prólogo de R. Saleilles, R. Pichon y Durad-Auzias. 2da ed. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ). Hay una traducción al castellano, sin constancia de autor, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid: Reus, 1925, pero de la primera edición francesa, en la que no figura todavía el capítulo citado en este trabajo.

Luzón Cuesta, J.M. (2000). *El recurso de casación penal*. 2da ed. Madrid: Colex. [[Links](#)]

Neumann, F. (1983). *Lo stato democratico e lo stato autoritario* (G. Sivini trad.). Introducción de N. Matteucci. Boloña: Il Mulino. Hay traducción al castellano: *El estado democrático y el estado autoritario*. Buenos Aires: Paidós, 1968. [[Links](#)]

Ortner, H. (2010). *El verdugo Roland Freisler: Un asesino al servicio de Hitler* (D. Najmías trad.). Barcelona: Sombra. [[Links](#)]

Pizzorusso, A. (1990). *L'organizzazione della giustizia in Italia: La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Nueva edición revisada y actualizada. Turín: Einaudi.

Radbruch, G. (1962). *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (M.I. Azareto trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot. [[Links](#)]

Requejo Pagés, J.L. (1989). *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [[Links](#)]

Ríos Sarmiento, J. (1956). *Recuerdos de un magistrado español*. Barcelona: Juventud. [[Links](#)]

Rodotà, S. (1992). *Repertorio di fine di secolo*. Roma-Bari: Laterza. [[Links](#)]

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (M. Gascón Abellán trad.). 10ma ed. Madrid: Trotta. [[Links](#)]

Sacristán, M. (1968). *Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores*. Barcelona: Nova Terra. [[Links](#)]

Tita, M. (2000). *Sentenze senza motivi: Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai disposti del 1774*. Presentación de R. Ajello. Nápoles: Jovene.

Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial* (P. Andrés Ibáñez trad.). Madrid: Trotta. [[Links](#)]

¹ Es como se conoce al formador de opositores, generalmente un magistrado experimentado, encargado de escuchar temas a los alumnos: un tipo de ejercicio que entre los iniciados se llama, expresivamente, «cantar». El preparador forma también en las rutinas y, generalmente, en la ideología del oficio. Todo durante un tiempo cuya media ha girado en torno a cinco años, vividos en régimen de rigurosa clausura. «Encerrado en casa sin salir más que a misa los domingos y demás fiestas de guardar», es como describía, tan plástica como acertadamente, Ríos Sarmiento (1956, p. 5), la vida del opositor: una fórmula que sigue teniendo validez.

² Pensar, en la primera y segunda de las acepciones del Diccionario de la Real Academia Española es, respectivamente, «formar o combinar ideas o juicios en la mente» y «examinar mentalmente algo con atención para formar un juicio».

³ Porque preparan para una única respuesta, catequística o dogmáticamente entendida, sin variaciones posibles. De hecho, es lo usual que los examinadores o una parte de ellos controlen la literalidad de la exposición de los examinandos con los códigos abiertos sobre la mesa.

⁴ Es interesante al respecto lo sucedido en el Nápoles borbónico en torno al decreto del ministro Tanucci, de 23 de septiembre de 1774, dirigido a circunscribir el carácter en extremo discrecional de las resoluciones judiciales exigiéndoles que «se explique la razón de decidir, o sea los motivos sobre los que se apoya la decisión [...] para remover tanto como se pueda el arbitrio de los juicios

y alejar de los jueces toda sospecha de parcialidad, que las decisiones se funden, no en la desnuda autoridad de los doctores, que lamentablemente, con sus opiniones, han alterado o convertido el derecho en incierto o arbitrario, sino sobre las leyes expresas del Reino o de los Municipios; y cuando no exista ley expresa para el caso, de que se trata, y deba recurrirse a la interpretación o extensión de la ley, quiere el Rey que esto se haga por el juez de manera que las dos premisas del argumento estén siempre fundadas en leyes expresas y literales; y cuando el caso sea del todo nuevo o tan dudoso, que no pueda decidirse ni con la ley ni con el argumento de la ley; entonces quiere el Rey que se dirija a la M. S. para estar a lo que decida el Soberano oráculo» (Massimo Tita, 2000, p. 136). De cómo fue recibida la medida por los jueces da cuenta la expresiva descripción de Franco Cordero: «Scatena un putiferio la riforma» (1991, p. 819).

⁵ Ahora resulta que un estudio estadístico reciente (Bagüés, 2007, p. 25) ha desprovisto al sistema de oposiciones incluso de ese más que dudoso mérito.

⁶ Algo que podría sorprender, aunque no tanto, por lo que se dirá. Más sorprendente es la tranquilidad o la indiferencia con que el asunto ha sido visto en los medios académicos, a juzgar por la pobrísima reflexión de esta fuente hoy existente al respecto.

⁷ Este fenómeno de las intervenciones judiciales que ha dado lugar a los, hoy múltiples, grandes procesos por corrupción, en muchos países, tuvo su primera manifestación a gran escala en Italia, a partir de la sucesión de causas que giran bajo el nombre común de *Mani pulite* (véase al respecto Barbacetto, Gómez & Travaglio, 2012). Algo que no debe sorprender por el elevado estándar de independencia de la magistratura italiana, extendido también constitucionalmente al ministerio fiscal, y el gran nivel cultural en la materia desarrollado desde los años sesenta del pasado siglo en el marco de un interesantísimo y fructífero movimiento asociativo judicial. Pero lo cierto es que, aun con diversos grados de intensidad y eficacia, ese género de vicisitudes procesales ha tenido también como protagonistas a otras magistraturas, por ejemplo, la española, lo que, ciertamente, sugiere que, no obstante los déficits formativos de partida, sus integrantes han terminado siendo sensibles a la nueva cultura de la jurisdicción implícita en el modelo de Estado de Derecho acogido en las constituciones de última generación, en contextos de democracias representativas connotadas por el pluralismo, incluido el pluralismo mediático (con todas sus limitaciones) y su incidencia sobre la libertad de expresión.

⁸ Es lo que explica la facilidad, funcionalidad más bien, con la que las mismas se integraron masivamente (las excepciones fueron casi exclusivamente personales) en las experiencias de los nazi-fascismos, no simplemente autoritarias, sino decididamente criminales; y asimismo el comportamiento de las del Cono Sur de América Latina en el caso de las distintas dictaduras. Radbruch dejó escrito, en este punto, que «el positivismo ha[bía] desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario y delictivo»; y dejó dicho que los jueces habían seguido en bloque la deriva nazi, en buena medida, porque «estaban tan afectados por el positivismo predominante, al punto de no conocer otro derecho que el legislado» (1962, pp. 35 y 46). Y hace bastante menos tiempo. Ortner, discurriendo sobre el mismo asunto, ha atribuido, expresivamente, la actitud de los magistrados de la Alemania hitleriana a su «ceguera positivista» (2010, p. 293).

⁹ El mismo Carrara (1976a, p. 36) dejó escrito que en un sistema de «convicción íntima» en el que pudiera «juzgarse por impresión [...] resultaría completamente inútil el conocimiento de la ley y de las reglas de la ciencia», por ser patente que «la convicción ha de tener también sus reglas y medidas».

¹⁰ De «libérrima y soberana facultad de apreciación de la prueba en conciencia», hablaba el autor de un libro muy difundido entre los jueces españoles (Luzón Cuesta, 2000, p. 59). Obsérvese; «soberana» capacidad de apreciación, cuando es ya un tópico del mejor constitucionalismo que la histórica suprema potestas, como forma de ejercicio de la política, no tiene cabida, por principio, en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

¹¹ En el contexto, la credibilidad es una propiedad del testigo y del testimonio que eventualmente otorgaría, esto es, dispensaría graciosamente el autor del enjuiciamiento. Obviamente, sin necesidad de expresar en la sentencia los presupuestos del porqué, ciertamente inexplicables debido a que habrían discurrido por una vía más bien subliminal.

¹² Son paradigmáticos al respecto los casos de M. Taruffo, L. Ferrajoli. P. Ferrua y G. Ubertis, entre otros, en Italia, y M. Gascón, J. Igartua, D. González Lagier y J. Ferrer, en España.

¹³ «En la valoración de la prueba directa [hay] un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la intermediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso». Pero hay también «un segundo nivel, necesario en ocasiones, el en que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos», puede leerse en una sentencia de 2009 de la Sala Penal del Tribunal Supremo español, de donde se seguiría que el juez o tribunal debería hacer objeto de un tratamiento racional a los datos probatorios, solo en ocasiones.

¹⁴ El desarrollo de los temas de derecho civil forma parte del segundo ejercicio y lo dispuesto es la dedicación de doce minutos a la exposición oral de cada uno, lo que bien puede dar una idea acerca de la densidad de la materia, cuyo contenido, en este caso, se concreta en tres epígrafes: Teoría de la interpretación, Las distintas concepciones, La aplicación e interpretación de las normas jurídicas. En la materia de derecho penal, lo previsto se cifra en un epígrafe, dentro de un tema: La interpretación en el derecho penal.

¹⁵ En la segunda acepción del Diccionario de la lengua española, en la que «crear» es «establecer [...] por primera vez una cosa», aquí una norma para el caso concreto (no producida, ciertamente, a partir de la nada, que sería crear en sentido fuerte) que antes como tal no existía, al menos «explícitamente», como ha recordado Atienza (2011, p. 82).

Fuente: IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría. *Derecho* [online]. 2017, n.79 [citado 2018-06-18], pp.11-126. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202017000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0251-3420. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.006>.