



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS**
**DEPARTAMENTO DE DERECHO
PÚBLICO**

TESIS DOCTORAL

**MODELOS DE JUEZ DESDE LA
EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO. ANÁLISIS
DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN LA
SELECCIÓN Y FORMACIÓN INICIAL DE LOS
JUECES**

**PRESENTADA POR:
FLORENCIO RODRÍGUEZ RUIZ**

**DIRIGIDA POR:
DR. D. JORGE LOZANO MIRALLES
DR. D. JOSÉ CUESTA REVILLA**

JAÉN, 17 DE MAYO DE 2013

ISBN 978-84-8439-801-1



Universidad de Jaén
Departamento de Derecho Público

Tesis Doctoral

Modelos de juez desde la
epistemología del Derecho
Análisis de los fundamentos
jurídicos de la selección y
formación inicial de los jueces

Florencio Rodríguez Ruiz
2013



Universidad de Jaén
Departamento de Derecho Público

Tesis Doctoral

Nombre y apellidos del autor

FLORENCIO RODRÍGUEZ RUIZ

Título de la Tesis Doctoral

MODELOS DE JUEZ DESDE LA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS
JURÍDICOS DE LA SELECCIÓN Y FORMACIÓN INICIAL DE LOS JUECES.

Fecha de lectura

17 de mayo de 2013

Centro y Departamento en el que se realizó la lectura

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Departamento de Derecho Público

Composición del Tribunal / Dirección de Tesis

Presidente del Tribunal: Dr. D. Alejandro Sáiz Arnáiz
Vocal: Dra. D^a Rosario Serra Cristóbal
Secretario/a: Dr. D. Ramón Ruiz Ruiz

Dirección de la Tesis: Dr. D. Jorge Lozano Miralles
Dr. D. José Cuesta Revilla

Calificación obtenida

APTO CUM LAUDE POR UNANIMIDAD

A mis padres

A mi hermano

A María

AGRADECIMIENTOS

Durante los años que ha durado la realización del presente trabajo de investigación han sido muy diversas las personas que han contribuido a su culminación. A todas ellas les debo mi agradecimiento.

A los directores de esta memoria, Dr. Jorge Lozano Miralles y Dr. José Cuesta Revilla, por sus consejos y aportaciones científicas, por sus críticas constructivas y por la confianza que han depositado en este proyecto.

Al profesorado del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Jaén, por su hospitalidad y por la colaboración que me han prestado en todo momento.

Al personal y al profesorado de la Escuela Judicial, por la disponibilidad y amabilidad que han mostrado ante las consultas que les he formulado.

A mi familia, en especial, a mis padres, por su amor incondicional, su apoyo constante y por haberme transmitido a lo largo de mi vida el valor de la cultura y la ciencia, el compromiso con el estudio y el servicio a los demás.

A mi hermano y su familia, que desde su creatividad han despertado en mí una actitud de apertura a la renovación y actualización del conocimiento.

A María, que con su alegría vital y su cariño, me ha apoyado y alentado en la consecución de este trabajo.

Sean pulcros y vuélvanse realistas . Sean pulcros con el papel que los conceptos filosóficos realmente juegan en el imponente diseño y en los exquisitos detalles de nuestra estructura jurídica. Vuélvanse realistas sobre el duro trabajo que afrontarán para cumplir la promesa de esos conceptos.

Ronald Myles Dworkin

ÍNDICE

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 2: LA SELECCIÓN DE JUECES EN ESPAÑA: UNA PERSPECTIVA	
HISTÓRICA	27
1. INTRODUCCIÓN	29
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	29
2.1. La Edad Moderna	29
2.2. La Edad Contemporánea.....	32
2.3. La configuración de la Carrera Judicial. Del Sexenio Revolucionario (1868-1875) a la Constitución de 1978.....	42
3. LA SELECCIÓN DE LOS JUECES TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985	49
3.1. Principios generales y requisitos de los candidatos	49
3.2. La oposición libre.....	52
3.2.1. Gestión de los procesos de selección	52
3.2.2. La primera fase del proceso de selección: el temario y las modalidades de pruebas.....	59
3.2.3. La segunda fase del proceso de selección: la Escuela Judicial.....	62
3.2.4. La reforma del actual proceso de selección	65
3.3. Concurso entre juristas de reconocida competencia para el ingreso en la Carrera Judicial con la categoría de juez.....	67
3.4. Concurso entre juristas de reconocida competencia para el ingreso en la Carrera Judicial con la categoría de magistrado.....	70
3.4.1. Introducción	70
3.4.2. Fases del concurso-oposición para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrados.....	71
3.5. Concurso entre juristas de reconocido prestigio para acceso a la Carrera Judicial con la categoría de magistrado del Tribunal Supremo	78
3.5.1. Introducción	78
3.5.2. Regulación del proceso de selección de los magistrados del Tribunal Supremo.	78

3.5.3. La normativa relativa al proceso de selección de los magistrados del Tribunal Supremo. Consideraciones Críticas.....	82
3.6. Concurso entre juristas de reconocido prestigio para ingreso en la Carrera Judicial con categoría de magistrado y con destino en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.	86
4. CONCLUSIONES	89
 CAPÍTULO 3: LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE LA SELECCIÓN DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.	93
1. INTRODUCCIÓN	95
2. DIMENSIÓN PERSONAL DEL JUEZ	96
3. DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL JUEZ	104
4. DIMENSIÓN CULTURAL DEL JUEZ	108
5. DIMENSIÓN JURÍDICA DEL JUEZ. LA RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIÓN	114
5.1. La suficiencia de los actuales procesos de selección.....	115
5.2. La modificación de los actuales procesos de selección	119
6. DIMENSIÓN SOCIAL DEL JUEZ	134
7. COMPETENCIAS PROFESIONALES DEL JUEZ.....	144
8. LA PERTINENCIA DE CONFIGURAR MODELOS DE JUEZ.....	149
9. LA SUPERACIÓN DEL MODELO "ESPONTANEO" DE JUEZ	152
10. CONCLUSIONES	154
 CAPÍTULO 4: DIFERENTES CONCEPCIONES DEL DERECHO: MODELOS DE JUEZ DERIVADOS DE LAS MISMAS	159
1. INTRODUCCIÓN	161
2. TERMINOLOGÍA UTILIZADA: BREVE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	166
2.1. Normas: reglas y principios	166
2.2. Sistema jurídico y orden jurídico.....	167
2.3. La interpretación jurídica.....	168
2.4. Jurisprudencia	171
2.5. La argumentación	171

2.5.1. La concepción formal de la argumentación	172
2.5.2. La concepción material de la argumentación.....	174
2.6. La Moral.....	177
3. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS	178
3.1. Antecedentes y contexto	178
3.2. Concepción del Derecho	179
3.3. Fuentes del Derecho	181
3.3.1. La Constitución	181
3.3.2. Los principios.....	182
3.3.3. Otras fuentes del Derecho	182
3.4. Relación entre Derecho y Moral	183
3.5. Interpretación jurídica	183
3.6. Discrecionalidad.....	187
3.7. Argumentación.....	187
3.8. Implicaciones de los postulados de la escuela de la Exégesis en la función jurisdiccional.....	188
3.8.1. Fuentes del Derecho.....	188
3.8.2. Relación entre Derecho y Moral	188
3.8.3. Interpretación jurídica	189
3.8.4. Discrecionalidad judicial.....	189
3.8.5. Argumentación.....	190
4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO: Kelsen	191
4.1. Antecedentes y contexto	191
4.2. Concepción del Derecho.	192
4.3. Fuentes del Derecho.....	197
4.3.1. La Constitución	197
4.3.2. Los principios.....	199
4.3.3. Otras fuentes del Derecho	200
4.4. Relación entre Derecho y Moral	201
4.5. Interpretación jurídica	203

4.6. Discrecionalidad.....	207
4.7. Argumentación	213
4.8. Implicaciones de la <i>Teoría pura del Derecho</i> en el ejercicio de la función jurisdiccional	216
4.8.1. Fuentes del derecho.....	216
4.8.2. Relación entre Derecho y Moral	217
4.8.3. Interpretación jurídica	217
4.8.4. Discrecionalidad judicial.....	218
4.8.5. Argumentación.....	220
5. EL <i>SOFT POSITIVISM</i> : H.L.A. HART	221
5.1. Antecedentes y contexto	221
5.2. Concepción del Derecho	222
5.3. Fuentes del Derecho	225
5.3.1. La Constitución	225
5.3.2. Los principios.....	226
5.3.3. Otras fuentes del Derecho	227
5.4. Relación entre Derecho y Moral	228
5.5. Interpretación jurídica.....	230
5.6. Discrecionalidad	234
5.7. Argumentación	238
5.8. Implicaciones de la teoría del <i>Soft Positivism</i> en el ejercicio de la función jurisdiccional	240
5.8.1. Fuentes del Derecho.....	240
5.8.2. Relación entre Derecho y Moral	240
5.8.3. Interpretación jurídica	241
5.8.4. Discrecionalidad judicial.....	243
5.8.5. Argumentación.....	245
6. LAS TEORÍAS PRINCIPIALISTAS. <i>EL DERECHO COMO INTEGRIDAD</i> : DWORKIN	247
6.1. Antecedentes y contexto	247
6.2. Concepción del Derecho.....	248

6.3 Fuentes del Derecho	250
6.3.1. La Constitución	250
6.3.2. Los principios.....	253
6.3.3. Otras fuentes del Derecho	255
6.4. Relación entre Derecho y Moral	256
6.5. Interpretación jurídica	257
6.6. La discrecionalidad judicial y la tesis de la única respuesta	265
6.7. Argumentación	266
6.8. Implicaciones del <i>Derecho como integridad</i> en el ejercicio de la función jurisdiccional	270
6.8.1. Fuentes del Derecho.....	270
6.8.2. Relación entre Derecho y Moral	271
6.8.3. Interpretación jurídica	271
6.8.4. Discrecionalidad judicial.....	273
6.8.5. Argumentación.....	273
7. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO: EL <i>FACT ESKEPTICISM</i> Y EL <i>RULE ESKEPTICISM</i> . JEROME FRANK Y KARL N. LLEWELLYN.	275
7.1. Antecedentes y contexto.	275
7.2. Concepción del Derecho.	276
7.3. Fuentes del derecho.....	280
7.3.1. La Constitución	280
7.3.2. Otras fuentes del Derecho	281
7.4. Interpretación jurídica	282
7.5. Discrecionalidad.....	290
7.6. Relación entre Derecho y Moral	294
7.7. Argumentación	295
7.8. Implicaciones del <i>fact eskepticism</i> y el <i>rule eskepticism</i> en el ejercicio de la función jurisdiccional	298
7.8.1. Fuentes del Derecho.....	298
7.8.2. Relación entre Derecho y Moral	299
7.8.3. Interpretación jurídica	299

7.8.4. Discrecionalidad judicial.....	300
7.8.5. Argumentación.....	302
8. CONCLUSIONES	302
9. TABLAS RESUMEN DE LOS MODELOS DE JUEZ	307
 CAPÍTULO 5 : LAS FUENTES DEL DERECHO, LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA ARGUMENTACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA Y EL DERECHO ESPAÑOL.....	
1. INTRODUCCIÓN	321
2. LOS PRINCIPIOS Y VALORES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978	323
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	327
3.1. Los derechos y la ley	327
3.2. Los derechos fundamentales como reglas o como principios	330
3.3. Los derechos fundamentales y la interpretación jurídica.....	331
4. LA LEY EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL.....	336
5. EL VALOR Y LA NATURALEZA DE LA JURISPRUDENCIA	339
5.1. La naturaleza de la jurisprudencia	339
5.2. La jurisprudencia en la jurisdicciones Civil y Penal	344
5.3. La jurisprudencia, la discrecionalidad y la seguridad jurídica	346
6. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	348
6.1. Los criterios de la interpretación judicial en la doctrina española.....	348
6.2. La interpretación en la jurisprudencia española. Los límites de la interpretación.....	353
7. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	360
7.1. La ponderación en la jurisprudencia española.....	360
7.2. El principio de proporcionalidad en la ponderación relativa a los derechos fundamentales.....	364
7.3. La ponderación y la discrecionalidad judicial	367
8. CONCLUSIONES	371

CAPÍTULO 6 : ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	379
1. INTRODUCCIÓN	381
2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN 5ª, DE 4 DE OCTUBRE DE 2010 (PONENTE: ILMO. SR. D. JOSÉ HERRERA TAGUA). JURISDICCIÓN CIVIL.	382
2.1. Objeto del procedimiento	382
2.2. La legitimación de los comuneros impugnantes	383
2.3. Plazo de caducidad de la acción.....	387
2.4. Mayoría exigida para la aprobación del acuerdo	389
2.5. El abuso del derecho	392
3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 25 DE MARZO DE 2010 (PONENTE EXMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS). JURISDICCIÓN CIVIL.	395
3.1. Objeto del procedimiento	395
3.2. La interpretación-proceso y la interpretación-producto	396
3.3. Los modelos de juez en la sentencia	400
4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN DÉCIMA, DE 20 DE MAYO DE 2011(PONENTE ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA PLANCHAT TERUEL). JURISDICCIÓN PENAL.	402
4.1. Objeto del procedimiento	402
4.2. Derecho Penal sustantivo	403
4.3. Derecho Procesal Penal.....	411
4.4. Los modelos de juez en la sentencia	416
5. CONCLUSIONES	419
 CAPÍTULO 7: ANÁLISIS DEL INGRESO A LA CARRERA JUDICIAL MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN LIBRE.....	 429
1. INTRODUCCIÓN	431
2. ANÁLISIS DE LOS TESTS.....	431
2.1. Introducción	431
2.2. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho	432
2.3. Interpretación jurídica	441

2.4. Argumentación	446
2.5. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez	448
3. ANÁLISIS DE LOS EXÁMENES ORALES	451
3.1. Introducción	451
3.2. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.	452
3.2.1. Derecho Constitucional.....	452
3.2.2. Derecho Civil y Derecho Penal.....	453
3.2.3. Derecho Mercantil, Derecho Administrativo y Derecho Laboral	455
3.2.4. Valoración del temario por la doctrina	455
3.3. Interpretación jurídica.....	458
3.4. Argumentación	459
3.5. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez.	460
4. EL CURSO PRESENCIAL EN LA ESCUELA JUDICIAL. DIRECTRICES GENERALES DE LOS PLANES DOCENTES	463
4.1. Introducción	463
4.2. El periodo de docencia en el plan docente de la Escuela Judicial 2010-2012	464
4.2.1. Temario	464
4.2.2. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho	467
4.2.2.1. Directrices generales del plan docente	467
4.2.2.2. Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea	468
4.2.3. Derecho y Moral	469
4.2.4. Interpretación jurídica	470
4.2.4.1. Directrices generales del Plan Docente	470
4.2.4.2. Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea.....	474
4.2.5. Argumentación.....	476
4.2.5.1. Directrices generales del plan docente	476
4.2.5.2. Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea	477

4.3. El periodo de docencia en el plan docente de la Escuela Judicial 2011-2013	478
4.3.1. Temario	478
4.3.2. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.	480
4.3.3. Derecho y Moral	484
4.3.4. Interpretación jurídica	485
4.3.5. Argumentación.....	488
4.3.6. El perfil de juez que se propone en el plan docente.....	489
4.4. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez.....	490
4.4.1. Plan docente 2010-2012.....	490
4.4.2. Plan docente 2011-2013.....	498
5. LA FASE DE PRÁCTICAS TUTELADAS	503
5.1. Introducción	503
5.2. Fuentes del derecho. Concepción del Derecho.	504
5.3. Interpretación jurídica	505
5.4. Argumentación.....	506
5.5. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez.....	507
6. CONCLUSIONES	511

**CAPÍTULO 8: ANÁLISIS DEL PROCESO DE ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL
CON LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO. LOS CONCURSOS
DISCRECIONALES**

1. INTRODUCCIÓN	527
2. EL BAREMO DE MÉRITOS EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL	528
3. EL DICTAMEN INCLUIDO EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL	530
3.1. Condiciones y criterios de evaluación del dictamen	530
3.2. Dictamen civil.	532
3.2.1. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.....	532

3.2.2. Interpretación jurídica.....	533
3.2.3. Argumentación.....	538
3.2.4. Síntesis y relación con los modelos de juez.....	540
3.2.4.1. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.	540
3.2.4.2. Interpretación jurídica	542
3.2.4.3. Argumentación	545
3.3. Dictamen penal	546
3.3.1. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del derecho	546
3.3.2. Interpretación jurídica	547
3.3.3. Argumentación.....	552
3.3.4. Síntesis y relación con los modelos de juez.....	553
3.3.4.1. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho	553
3.3.4.2. Interpretación jurídica	554
3.3.4.3. Argumentación	556
4. LA ENTREVISTA PREVISTA EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL	557
5. EL CURSO FORMATIVO INCLUIDO EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL	558
6. LOS CONCURSOS DISCRECIONALES.....	559
6.1. Análisis del concurso entre juristas de reconocido prestigio para el ingreso en la Carrera Judicial con categoría de magistrado y con destino en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia	560
6.2. Análisis del concurso entre juristas de reconocido prestigio para el ingreso en la Carrera Judicial con categoría de magistrado del Tribunal Supremo	561
7. CONCLUSIONES	564
CONCLUSIONES Y PROBLEMAS ABIERTOS.....	579
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	607

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN

En las sociedades actuales se valora como determinante para el desarrollo político, social y económico de un país la existencia de un sistema judicial que se adecue a los postulados propios de un Estado de Derecho. Los motivos de ello son múltiples: el Poder Judicial ha de corregir las desviaciones en la actuación de los poderes públicos, sometiéndolos a la legalidad constitucional; ha de reprimir las violaciones de los derechos fundamentales, tutelándolos y reconociéndolos; sanciona aquellas conductas que más gravemente atentan contra las normas sociales de convivencia; y es, en suma, el encargado de resolver en última instancia los conflictos intersubjetivos, ya intervengan en los mismos los particulares o los poderes públicos. En consecuencia, permite que los ciudadanos puedan ver restaurados sus derechos ante una vulneración de los mismos, vulneraciones que en numerosas ocasiones afectan a los grupos sociales más desfavorecidos, que disponen de menos oportunidades para hacer valer aquellos.

A través de todas estas funciones el sistema judicial se configura como uno de los principales garantes de la seguridad jurídica de todo Estado de Derecho, al avalar la efectividad de las normas y de los derechos y principios constitucionales cuando son vulnerados, restaurando de esta forma la legalidad.

Esta seguridad jurídica es, a su vez, presupuesto determinante de todo progreso económico, dado que facilita la existencia de inversiones nacionales e internacionales, que tienen lugar en aquellos Estados en los que se asegura una estabilidad de su régimen normativo e institucional. Un marco normativo riguroso y un marco institucional estable y adecuado es, además, requisito imprescindible para la existencia de un crecimiento económico sostenible, ya que permite armonizar el desarrollo de un país o de una región determinada con el respeto y la pervivencia de los recursos naturales.

Esta realidad ha provocado que tanto en el ámbito social como en el científico e institucional se otorgue una atención cada vez mayor a selección y a la formación de los

integrantes del Poder Judicial. Como indica Guarnieri¹, las modalidades de reclutamiento de los jueces son relevantes para la calidad global de la Justicia: el papel que desempeñan los jueces en la Administración de Justicia hace que su funcionamiento dependa de una manera fundamental de la competencia de aquellos, la cual está condicionada, en gran medida, por el modo en que son elegidos. El funcionamiento de la Justicia y el modelo de juez actual se encuentran en una íntima relación, por ello, con la forma en la que se desarrollan y conciben los procesos de selección y formación del personal judicial.

En el ámbito español han sido de muy variada índole los estudios y artículos que se han publicado sobre este tema. Todos ellos han ofrecido valoraciones y críticas al sistema actual o nuevas pautas para lograr un perfeccionamiento de los procesos de selección, promoción y especialización de los integrantes de la Judicatura. Los puntos de vista desde los que se han generado tales obras son múltiples, siendo frecuente la combinación de distintas perspectivas en su análisis. Así, diferentes autores han elaborado referencias estadísticas. Bagüés² ha aportado datos precisos sobre el desarrollo de las pruebas de selección y Toharia, por su parte, ha publicado un análisis sobre el perfil de los jueces y magistrados españoles y sobre su estimación social, abordando en sus estudios una valoración sobre determinados aspectos vinculados a la selección de la Judicatura, que han sido, a su vez, fundamento de numerosas críticas y propuestas sobre los procesos de selección de la Carrera Judicial. Estas últimas contribuciones han considerado el factor ideológico³ y sociológico de la Judicatura⁴, así como la imagen que

¹ GUARNIERI, C. “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”. En: Jiménez Asensio, R. (coord.) *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 19-39.

² Bagüés desarrolla un estudio empírico-estadístico del sistema de oposición libre, analizando la influencia que en el resultado final en la evaluación de los opositores mantienen distintos factores, como son: el orden de evaluación, el momento en el que se realiza la evaluación y los conocimientos del tribunal, género y parentesco de los candidatos y las características de los evaluadores. BAGÜÉS, M. “Las oposiciones: análisis estadístico”. *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 59. 2007. Págs. 25-36.

³ Toharia desarrolló un estudio sobre la ideología de los jueces españoles, concluyendo en el mismo que “... los jueces españoles se distribuyen en el eje izquierda/derecha de forma análoga a como lo hace la población”. TOHARIA, J.J. “Ideología política de los jueces”. *Psicología política*. Nº 2. 1991. Págs. 7-20.

⁴ Desarrollado en TOHARIA, J.J. *El juez español. Un análisis sociológico*. Tecnos. Madrid. 1975. También Guarnieri relaciona el modo de acceso a la Judicatura con la mayor o menor representatividad e imparcialidad de la misma: “un tipo de magistratura que produzca una magistratura socialmente poco representativa de la comunidad en la que opera, puede poner en peligro la imagen de imparcialidad. Un juez

de la misma tiene nuestra sociedad⁵ e, incluso, la que tienen de aquélla los propios jueces⁶. También se han desarrollado estudios sobre aspectos administrativos de los procesos de selección, que se han centrado tanto en la fiscalización judicial de los procesos selectivos⁷ como en incidencias concretas que pueden concurrir en los mismos⁸. Asimismo, el análisis de los procesos de formación de jueces existentes en nuestro contexto internacional⁹ y el examen de la evolución histórica de la que han sido objeto

que proceda de los estratos superiores –o de grupos restringidos- de la sociedad, tendrá dificultades para mantener su imagen de imparcialidad respecto a partes con un origen social muy distinto...”. GUARNIERI, C. “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”. En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 19-39.

⁵ En este sentido, hemos de destacar la monografía editada por el Consejo General del Poder Judicial titulada *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*. Toharia, J.J. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. Asimismo, podemos mencionar los distintos barómetros externos e internos, entre jueces y magistrados, de opinión, editados por el Consejo General del Poder Judicial (el del año 2010). Localizable en: http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/AN%C3%81LISIS%20DE%20LA%20ACTIVIDAD%20JUDICIAL/ESTUDIOS%20Y%20ENCUESTAS/ENCUESTAS/FICHERO/851_7EXT2000_1.0.0.pdf, a fecha de octubre de 2010). Es destacable, en esta línea, la monografía *La Justicia ante el espejo*, que compendia todos las encuestas y barómetros elaborados desde el Consejo: TOHARIA CORTÉS, J.J. y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J. *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005.

⁶ TOHARIA, J.J. “Encuesta a una muestra nacional de jueces”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1990. Los barómetros desarrollados desde el Consejo también han incluido la opinión de los propios jueces españoles, evaluando distintos aspectos vinculados con la Administración de Justicia, incluido el sistema de selección de los jueces y magistrados.

⁷ GARCÍA GONZALO, T. “Control judicial de las pruebas para el acceso a la función pública”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1993. Aunque no referido exclusivamente a las pruebas relativas a la Carrera Judicial se analizan en este artículo los términos en los que se puede fiscalizar desde la jurisdicción contenciosa los procesos selectivos de la función pública. También podemos mencionar ANAYA GÓMEZ, A. “El llamado principio de discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1993.

⁸ ALEGRE ÁVILA, J. M. “La LOPJ y los concursos entre juristas de reconocido prestigio para el acceso a la Carrera Judicial (comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 1988)”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1988. Págs. 115-126. En dicho artículo se analiza la posibilidad de que un juez en excedencia pueda concursar para acceder a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado desde el turno de juristas, supuesto que se enjuicia en la sentencia aludida.

⁹ La monografía titulada *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado* (Jiménez Asensio, R. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001) incluye un análisis comparado de los procesos de selección vigentes en diferentes países europeos. También podemos mencionar en esta línea los artículos: AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. “Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados.” *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004. Págs. 11-56. GARCÍA MORENO, J. M. “La carrera judicial en Inglaterra y Gales”. Localizable en:

estos procesos en España¹⁰ ha permitido contextualizar el estado actual de la cuestión en nuestro país. Atienza¹¹ ha aludido a la dimensión ética del juez, indicando las virtudes que ha de mantener un juez vocacional, que implicarían un modelo de excelencia profesional (buen juicio, perspicacia, prudencia, sentido de justicia, compasión, templanza,...). También la dimensión socioeconómica ha incidido, si bien no de forma determinante, en las propuestas que desde la doctrina se han formulado en el ámbito de la formación de los jueces¹². Otros autores han centrado su examen, desde una perspectiva más netamente

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=Extranets/Jueces/rincipal.htm>, a fecha de 15 abril de 2009. En el ámbito internacional podemos destacar los siguientes: DI FEDERICO, G. (dir.). *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*. Istituto di ricerca sui sistemi giudiziari. Consiglio Nazionale delle Ricerche. University of Bologna. Italy. 2005. OBERTO, G. *Recrutement et formation des magistrats en Europe: etude comparative*. Editions du Conseil de l'Europe. Allemagne. 2003. CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE. "Recrutement, la selection, la formation initiales et la carriere des magistrats en Belgique et dans plusieurs autres pays membres de l'Union Europeenne. Le regne de la diversité". Conseil Supérieur de la Justice. 2005. Localizable en: <http://www.csj.be/doc/note-carmag.pdj>. UNIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS, FUNDACIÓN JUSTICIA EN EL MUNDO. *Traité d'organisation judiciaire comparée (A treatise on compared judicial organization. Tratado de organización judicial comparada. Tome I.): modes de désignation et de formation du juge (Volume I: process of the appointment and training of judges. Tomo I: modos de designación y de formación del juez)*. Nomos. Zurich: Schulthess. Bruxelles: Bruylant. 1999. GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. *The power of judges. A comparative study of courts and democracy*. Oxford university press. Oxford. 2003.

¹⁰ En esta materia es destacable la monografía que publicó el Consejo General del Poder Judicial sobre la evolución histórica que se ha producido en España sobre el nombramiento, promoción y evolución, en general, de la Carrera Judicial española y de las distintas jurisdicciones que históricamente han coexistido en España. En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Resalta la misma la valoración que, con carácter previo a la sustancial modificación que se introdujo con la LOPJ de 1870, se realizaba de las cualidades y virtudes personales del juez.

¹¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Virtudes judiciales". *Claves de la razón práctica*. Nº 86. 1998. Págs. 32-42.

¹² Nos referimos a la necesidad, suscitada por algunos autores, de que no existan impedimentos económicos para que cualquier persona capacitada pueda aspirar a la función judicial (en ello incide GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos. "La reforma del acceso a la Carrera Judicial". Localizable en: http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%c3%b3mez+mart%c3%adnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial +, a fecha de agosto de 2010). En otras ocasiones, se critica el sistema de acceso porque fomenta una Judicatura elitista. A ello alude Guarnieri al tratar el acceso a la Carrera Judicial en Inglaterra: GUARNIERI, C. "El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado". En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 19-39.

jurídica, en la configuración actual de los procesos selectivos, con el objeto de proponer modificaciones que permitan una reforma, más o menos profunda, de aquellos¹³.

Las diversas facetas que comprenden la amplia gama de enfoques que se han expuesto permiten el estudio en profundidad de la figura del juez desde distintas perspectivas y disciplinas, fomentando, así, la configuración de modelos de juez desde las mismas. La existencia de distintos modelos de juez ha tenido amplia difusión en el ámbito de la doctrina¹⁴, si bien los estudios sobre la formación de jueces en España no delimitan de una forma precisa la perspectiva epistemológica desde la cual analizan los procesos de selección. En todo caso, basándonos en las alusiones anteriores, se podría partir, en el estudio de los procesos selectivos de los jueces, de un perfil psicológico de juez, de un modelo socio-económico, moral e, incluso, ideológico de juez (cuya importancia en nuestra historia pasada no ha sido desdeñable). En última instancia, podemos referirnos a un modelo epistemológico jurídico de juez.

¹³ Estos autores son objeto de estudio más detallado en el capítulo tercero de la tesis. Entre ellos podemos citar, a título ejemplificativo, los siguientes: GARCÍA CANTERO, G. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 69-73. REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "La oposición de ingreso en la carrera judicial: ¿hay espacio para la esperanza?". En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 267-333. MORALO GALLEGO, S. "El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre." En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 235-263. LLARENA CONDE, P. "Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad y sus opciones." En Valls Gombáu, J.F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 125-155. DE PAULA CAMINAL I BADIA, F. "El ingreso en la Carrera Judicial. El acceso a la función jurisdiccional: el caso de los turnos". *Autonomía y Justicia en Cataluña*. VV.AA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 111-225. MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. "La selección en la Carrera Judicial en España". *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla- La Mancha*. Nº 7. 2003. Págs. 141-168. HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAIZ ARNAIZ, A. "La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)". *Actualidad Aranzadi*. Número 568. Pamplona. 2003. Págs. 1-6. JIMÉNEZ ASENSIO, R. "El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio". En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249.

¹⁴ OST, F. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 14. 1993. Págs. 169-194. Ost propone un perfil propio de juez, intermedio entre el juez Júpiter (formalista) y el juez Hércules (dworkiano), al que designa juez Hermes. Nieto también alude a distintos estereotipos de juez, aunque fundados más en las actitudes y valores de los mismos que en aspectos meramente jurídicos. Así, clasifica a los jueces en: el funcionario, el burócrata, justos y justicieros, el estrella, el político. NIETO, A. *El desgobierno judicial*. Editorial Trotta. Madrid. 2004. Págs. 77-87.

Es obvio que, actualmente, la función judicial exige una elevada cualificación técnica como presupuesto imprescindible para su ejercicio. Superadas ya las etapas históricas en las que las virtudes personales del juez se sobrevaloraban a su preparación jurídica¹⁵ es necesario el desarrollo de un estudio que, sobre bases científicas, permita clarificar las funciones que definen a los jueces para lograr una más adecuada delimitación del contenido y límites de la actividad judicial desde una dimensión esencialmente jurídica.

Partiendo de este planteamiento es fácilmente constatable que tanto en los planes docentes actuales como en los documentos institucionales¹⁶ e, incluso, en las propuestas y críticas formuladas por la doctrina sobre el estado de la formación de los jueces en España no se desarrolla un análisis profundo sobre los fundamentos en torno a los cuales se ha de afrontar "lo jurídico" en la selección y formación de los jueces, cuando ello ha de ser un presupuesto para el análisis de todo proceso de formación de jueces, pues, como refiere De Lucas:

¹⁵ Aún en los años 30 del siglo XX García González, magistrado, al referirse al ideal de juez y a sus características indicaba: "... no será mejor juez el más sabio, sino el más bueno ... las virtudes judiciales de un juez de instancia son diligencia, buen sentido, experiencia, aguda comprensión. No sólo no debe exigírsele una mentalidad investigadora del fin jurídico, sino que es preferible que carezca de ella ... La justicia debe ser, además, intuitiva. La ciencia jurídica, como las demás ciencias, son servidoras de ese sentimiento". GARCÍA GONZÁLEZ, A. *Derecho Judicial. Importancia de la dogmática y de la técnica en la formación de los jueces y magistrados. Justicia intuitiva y justicia científica*. Editorial Reus. Madrid. 1934. Págs. 8, 13 y 37.

¹⁶ Desde el ámbito institucional podemos destacar: el Libro Blanco de la Justicia de 1997 (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Libro Blanco de la Justicia* (aprobado en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha de 17 de enero de 2007. Madrid. 1997. Localizable en: <http://procuradores-alicante.com/El%20libro%20blanco%20de%20la%20Justicia.html>, a fecha de enero de 2009), el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 2011 y, más específicamente, el documento que, elaborado por un grupo de trabajo designado por el Consejo General del Poder Judicial, efectúa una propuesta sobre los términos en los que ha de desarrollarse en el futuro la formación de los jueces (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Grupo de Estudio de los modelos de acceso a la Carrera Judicial. "Informe del grupo de trabajo de Selección: El acceso a las Carreras Judicial y Fiscal: propuesta definitiva para el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de diciembre de 2010". Localizable en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=156454&Download=false&ShowPath=false>, a fecha de enero de 2011).

“No es posible plantear el problema metodológico (cómo enseñar Derecho) sin una previa toma de postura acerca del propio concepto de Derecho, ... el cómo se enseña no es algo que pueda aislarse del qué se enseña.”¹⁷

Sin embargo, en nuestra doctrina no ha existido una investigación amplia de estas cuestiones en el ámbito de la formación de los jueces. Ya lo ha puesto claramente de manifiesto Martínez Alarcón, al expresar:

“... el modelo de acceso a la Carrera Judicial en España..., en la actualidad se encuentra falta de formulaciones doctrinales al respecto, probablemente debido a que, tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, la investigación sobre el Poder Judicial se centró, respondiendo a una situación precedente de dependencia funcional en el ejercicio de la función jurisdiccional, en puntos que aparecían directamente relacionados con uno de los principios básicos en la definición del status constitucional del juzgador, esto es, en la garantía institucional-funcional de la independencia judicial.”¹⁸

Es por ello por lo que, entendemos, es preciso profundizar en el estudio de la función judicial para precisar las distintas consecuencias que diversas concepciones del Derecho conllevan en su ejercicio. Sólo desde estas premisas se podrá avanzar en el diseño de los procesos de selección y formación de los jueces y magistrados. Como expresa Laporta:

“... cuál sea nuestra concepción del Derecho y nuestra teoría de las llamadas fuentes del Derecho es algo crucial para determinar qué debemos enseñar y cómo debemos hacerlo. Para la enseñanza del Derecho no puede ser lo mismo que concibamos al Derecho como una práctica social engarzada con decisiones políticas o impregnada de consideraciones morales, que lo imaginemos como un territorio autónomo aislado que puede suministrar respuestas desde sí mismo. No puede ser lo mismo que supongamos que pivota en torno al fenómeno normativo de la legislación, que nos dé por pensar que ha de tener una impronta constitucional en todo caso, o que, como ha sucedido en otros sistemas jurídicos, pensemos que el momento jurídico por excelencia es la solución judicial del caso. Igual que no puede ser indiferente que pensemos en el Derecho como una simple emanación del poder o como una práctica

¹⁷ BALLESTEROS, J. y DE LUCAS, F. J. *Por una enseñanza no reduccionista: vías de superación de la escisión entre teoría y praxis*. RFDUC. Nº 5. 1982. Pág. 72. Citado en VIDAL GIL, Ernesto J. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. Págs. 19 y 20.

¹⁸ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. “La selección en la Carrera Judicial en España”. *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha*. Nº 7. 2003. Pág. 142. Nos remitimos, en todo caso, en este ámbito, al capítulo III de la tesis (“La doctrina española sobre la formación y selección de los jueces y magistrados desde la Constitución de 1978”).

social que ha de tener una relación necesaria con la justicia. Todas esas propiedades y connotaciones que unimos a una u otra concepción del Derecho tendrían que estar presentes a la hora de enseñar lo que es y cómo funciona en la realidad social."¹⁹

Éste es el objetivo del presente trabajo: proponer distintos modelos de juez desde la dimensión estrictamente jurídica para, desde ahí, profundizar en el estudio de los fundamentos jurídicos que se traslucen en los actuales procesos de selección y de formación inicial de la Carrera Judicial española para cuestionar el perfil de juez que subyace en el diseño y configuración de aquellos.

El motivo por el cual se erige la perspectiva jurídica en la razón central del presente estudio es obvia: los jueces se encargan de aplicar las normas jurídicas para, tras un proceso de interpretación de las mismas y una valoración del acervo probatorio concurrente en cada proceso, resolver las disputas o conflictos que se les someten. La función jurisdiccional exige e implica el recurso, por tanto, a múltiples e imprescindibles instrumentos jurídicos. Pero, esencialmente, porque la perspectiva jurídica es la que singulariza el ejercicio de la función judicial. Y si bien es cierto que un juez ha de desarrollar múltiples facetas en su ejercicio profesional (relacionales e intelectuales) no lo es menos que aquéllas que son propias y singulares del juez son la interpretación jurídica y la argumentación.

En consecuencia, este trabajo introduce aportaciones en esta orientación, mediante un cuestionamiento de los fundamentos desde los cuales se enfoca la formación de los jueces. Es decir, de la concepción del Derecho desde la que se considera que se debe partir en su desarrollo para, desde la misma, analizar, a su vez, distintas formas de enfocar las actividades propias e inherentes a la función judicial: la interpretación y la argumentación.

Partiendo de estos postulados se formulan los modelos de juez, es decir, desde distintas concepciones del Derecho, las cuales proyectan sus efectos sobre las fuentes del Derecho, la interpretación, la discrecionalidad judicial, la vinculación del Derecho con la Moral y sobre la argumentación, entre otras facetas. Sin un planteamiento previo de estas

¹⁹ LAPORTA SAN MIGUEL, F.L. “A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la naturaleza del Derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Nº 6. 2002. Pág. 19.

cuestiones, desde un punto de vista epistemológico, difícilmente se podrá avanzar en la mejora de los procesos de selección, promoción y especialización vigentes en el sistema judicial español, pues con carácter previo a cualquier modificación en los mismos, en sus metodologías, fases o en sus procedimientos será precisa una clarificación de los conceptos, de los criterios que los conforman y de los parámetros en virtud de los cuales, en suma, han de desarrollarse. A la vista de los retos que actualmente afronta la función judicial en el siglo XXI se hace precisa una reflexión sobre el contenido y los términos en los que se ha de concebir el Derecho, sus fuentes y la propia actividad interpretativa y argumentativa.

En este sentido, cobra especial relevancia la delimitación conceptual del Derecho, el valor y la naturaleza de la jurisprudencia, su posible efecto vinculante, la eficacia y relevancia de los principios, los límites de la interpretación, el mayor o menor ámbito de discrecionalidad judicial, las pautas en virtud de las cuales ésta ha de integrarse, las fuentes del Derecho o los criterios sobre los que se ha de desarrollar la argumentación. Todos estos elementos se configuran como presupuestos previos para el análisis de cualquier proceso de formación de jueces, dado que el mismo ha de ir orientado, precisamente, a lograr que los nuevos jueces recién egresados de la Escuela Judicial puedan, partiendo de las fuentes jurídicas existentes, desarrollar las facetas interpretativas y argumentativas en el contexto de nuestro marco legal y constitucional.

Sólo partiendo de estas premisas conseguiremos superar los grandes prejuicios ideológicos que a lo largo de nuestra breve historia democrática han surgido en esta materia²⁰, que se vislumbran de una forma nítida en la monografía que, sobre los procesos

²⁰ En este sentido, Jiménez Asensio indicaba: “se asienta entre nosotros la falsa teoría de la bipolaridad, que se puede calificar como aquélla que todo lo explica a través de un escenario dominado por dos únicas realidades que son, al parecer, las que exclusivamente están presentes en nuestro marco institucional de la administración de justicia en los siglos XIX y XX: politización versus corporativismo”. JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado*. Jiménez Asensio, R. (coord.) Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249. Saiz Arnaiz detallaba: “Si se observan los pilares sobre los que se asienta el sistema de acceso a la judicatura (oposición más Escuela), se apreciará con nitidez cómo cada uno de ellos responde a planteamientos ideológicos contrapuestos”. SAIZ ARNAIZ, A. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial en España: algunas propuestas” Laboratorio Alternativas. Fundación Alternativas. 2007. Documento de trabajo 119/2007. Requero expresaba: “El problema de fondo, los planteamientos de mayor calado se orientan a lograr un futuro control político e ideológico de la Judicatura como medio para lograr el nuevo modelo del Poder Judicial”. REQUERO IBÁÑEZ, L. “La trascendencia de la política de selección de jueces y magistrados”. Comunicación presentada en el IX Congreso de la Asociación Profesional de la magistratura (1989). Textos del IX

de selección de jueces editó el Consejo General del Poder Judicial en 2007²¹, y que han dado lugar a que numerosas conclusiones sobre la materia de la formación de los jueces estén poco fundamentadas en criterios científicos. Ya lo indicaba Valls Gombau en los siguientes términos:

“Al exponer los sistemas de selección en nuestro ordenamiento jurídico se parten de aseveraciones generales poco rigurosas que, por un lado, afirman con rotundidad la ineficacia del régimen vigente y, por otro, se cierran a cualquier intento de modificación del *status quo* actual... Es a partir de la politización de los procedimientos de selección de jueces cuando surgen diferencias que se creen abismales en el seno de un debate poco riguroso...”²²

Estos prejuicios, lamentablemente, han superado el ámbito meramente doctrinal y asociativo para instalarse de una forma muy consolidada, incluso, en el de las instituciones competentes en la formación de los jueces. Así, el Plan Docente de la Escuela Judicial para el bienio 2011-2013 ya avisa de que el conjunto normativo que

Congreso Nacional. Págs. 105 y sigs. Murcia. 1990. También Hernández García indicaba: “El discurso tradicional de la derecha judicial afirma que la oposición, tal como viene desarrollándose en la actualidad, es el único sistema que garantiza la objetividad...”. FUNDACION ANTONIO CARRETERO. “Nuevo modelo de acceso a la Carrera Judicial, de formación inicial y continuada”. Fundación Antonio Carretero. Madrid. 2008. Pág. 17. Gómez Martínez se manifestaba en iguales términos en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial. Localizable en : http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%c3%b3mez+mart%c3%adnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial +, a fecha de agosto de 2010

²¹ Esta publicación (Vals Gombau, J. F., coord., *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007) contiene numerosas referencias en este sentido. Así, AZÓN VILAS, V. afirma: “...la animadversión con la que se ha recibido desde el punto de vista ideológico por un importante sector de la Carrera Judicial a los que acceden por las vías colaterales...” “Algunos apuntes sobre los sistemas colaterales de acceso a la Carrera Judicial en España. Propuestas sobre la selección de jueces”. En Vals Gombau, J. F. (coord). *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 83-106. LLARENA CONDE, P. menciona: “...el movimiento reformista no es sino la estrategia de promover un cambio que ... termine por alcanzar un sistema de selección de jueces que permita alimentar la Carrera Judicial en consideración al concreto perfil ideológico de los aspirantes”. “Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad y sus opciones” En Vals Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 123-155. REQUERO IBÁÑEZ, L. manifiesta: “...la mejor glosa de la LOPJ está en el Programa 2000 del Partido Socialista... De su lectura se deduce que el debate sobre la selección de jueces es uno de los puntos centrales en la lucha por lograr un concreto modelo de juez...” “La oposición de ingreso en la Carrera Judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Valls Gombau, J.F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial. N° 135*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

²² VALLS GOMBAU, J.F. “La política de selección de jueces: conclusiones”. *La política de selección de jueces*. En Valls Gombau, J.F. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 340 y 341.

establece las funciones judiciales “... define un marco general interpretable sobre el que convergen distintas posiciones ideológicas, propias de una sociedad plural, dando así lugar a los distintos modelos de juez”²³. Se remiten, pues, los modelos de juez a criterios estrictamente ideológicos. Es hora, por tanto, de centrar este debate en el ámbito científico.

La presente investigación, con dicho objeto, ofrece una primera parte en la que se contextualizan los procesos de formación y selección en la historia de España (capítulo II) -especialmente en lo relativo a la regulación de estos tras la promulgación de la Constitución de 1978- y en el ámbito de la doctrina española (capítulo III), con el objeto de conocer la evolución que ha experimentado dicha regulación, los criterios que la han guiado y de, asimismo, presentar las distintas perspectivas desde las cuales se ha analizado la formación judicial en nuestro país y los múltiples interrogantes y cuestiones que han surgido de este análisis.

En segundo lugar, y según la perspectiva metodológica adoptada, hemos considerado necesario elaborar, como instrumento de análisis, un *modelo epistemológico de referencia*, conformado por distintos modelos de juez que se sustentan en diferentes concepciones del Derecho (capítulo IV), con el objetivo de analizar y examinar críticamente, a partir de aquellos, los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia y de los procesos de selección y de formación inicial de los jueces vigentes hoy en España.

Los modelos teóricos de juez se elaboran desde heterogéneas teorías y concepciones del Derecho (positivismo formalista de la Escuela de la Exégesis, realismo jurídico norteamericano, teoría Pura del Derecho kelseniana, *soft positivism* de Hart y teoría dworkiana), constituyendo interpretaciones de tales teorías, que se deducen de sus postulados doctrinales. Las teorías elegidas, entendemos, son representativas de la amplia gama de posiciones existentes en la doctrina sobre la concepción del Derecho y sobre la función judicial: desde posiciones más extremas (la Exégesis y el realismo jurídico), hasta otras que pretenden superar las limitaciones de las anteriores para ofrecer una respuesta racional y sistemática a los problemas que se suscitan en el desarrollo del Derecho actual.

²³ Página 4 del Plan Docente correspondiente al bienio 2011-2012. Localizable en la página web del Consejo General del Poder Judicial. Un ejemplar del Plan se encuentra en el anexo.

El capítulo precedente se amplía en el capítulo V, que profundiza en las singularidades que las fuentes del Derecho, la interpretación y la argumentación presentan en el ámbito de la doctrina y del Derecho español.

En tercer lugar, examinamos, utilizando como instrumento de análisis el modelo epistemológico aludido, los fundamentos de la jurisprudencia en España (capítulo VI) y precisamos la concepción o concepciones del Derecho y el modelo o modelos de interpretación y de argumentación a los que responde.

A continuación, en los capítulos VII y VIII estudiamos los procesos de selección y de formación inicial existentes actualmente en España, a la luz de los modelos teóricos de juez referidos.

Todo ello con el propósito de profundizar en el conocimiento de los fundamentos jurídicos de los procesos de selección y de formación de la Carrera Judicial española, la concepción o concepciones del Derecho presentes en los mismos y las consecuencias que de ello se derivan, precisando el modelo o modelos de juez que están más presentes en aquellos, comparándolos con los modelos de juez que resultan del análisis de la jurisprudencia, al efecto de precisar en qué medida los procesos de formación se adecúan a los retos y a la problemática que suscita el Derecho actual.

Por último, ofreceremos una serie de conclusiones que se deducen de todos los estudios precedentes, desde la consideración de que, a partir de estas aportaciones, podremos progresar en el establecimiento de criterios científicos que sirvan para la conformación de los procesos de formación profesional de la Judicatura.

CAPÍTULO 2

LA SELECCIÓN DE JUECES EN ESPAÑA:

UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo pretendemos ofrecer una descripción general de la evolución que ha vivido la selección de los jueces en España desde la Edad Moderna hasta nuestros días, con especial atención a las incidencias que ha sufrido tras la promulgación de la Constitución. Para ello, partiremos del contexto histórico en el que surge la situación actual para, con posterioridad, centrarnos en el análisis de los procesos que, desde la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio (en adelante, LOPJ), se han configurado para seleccionar a los jueces y magistrados, así como en los proyectos que se pretenden desarrollar sobre la materia en un próximo futuro. Finalmente, incluimos las conclusiones de este capítulo.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. La Edad Moderna.

Hasta el siglo XVIII, como señala Agüero¹, no es posible hablar en nuestro ámbito de un aparato judicial, dado que el Estado dirigido por los Reyes Católicos estaba compuesto por diferentes espacios políticos autosuficientes, cada uno de los cuales tenía su propia organización judicial. La Corona de Castilla funcionó como un espacio de institucionalización, que abarcaba los territorios americanos. Cada uno de los Reinos de la Corona de Aragón (Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca) conformaban otros ámbitos de institucionalización propia, gozando de un específico orden judicial, encabezado por un princeps, reconocido como fuente jurisdiccional.

El desarrollo que durante esta etapa histórica mantuvieron las doctrinas propias del absolutismo monárquico no supuso la concentración en manos del monarca de la

¹ AGÜERO, A. “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”. En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 19-58.

jurisdicción, pese a ser considerado el princeps como fuente de dignidad y de Derecho. Ello implicó que los magistrados de designación real coexistieran con los designados por los señores, siendo admitida desde 1348 la prescripción adquisitiva del dominio jurisdiccional, uno de cuyos atributos esenciales era la de nombrar jueces, tanto de primera instancia (alcaldes ordinarios), como también de apelación. Los pueblos, fuera cual fuera su entidad jurídica, carecían de potestad para constituir magistrados por sí; pero aquellos que, por tener la condición de ciudades o villas, no estuvieran sujetas a la jurisdicción de otras se consideraban tácitamente facultadas por derecho natural para designar jueces en defecto del rey. De esta forma, la designación de jueces regios para el desempeño de la jurisdicción en primera instancia fue sumamente reducida, limitándose los reyes a cubrir mediante corregidores, o sus asimilados, los gobernadores y los asistentes, los centros urbanos de mayor importancia.

Asimismo, característica singular de toda la Época Moderna fue la coexistencia de una multiplicidad de jurisdicciones, cada una con sus propios jueces, que convivían con la ordinaria, si bien en la cúspide del sistema se concentraba el ejercicio jurisdiccional propio de las instituciones que representaban al monarca.

Así, a diferencia de los reinos de la Corona de Aragón, en que cada uno de ellos contaba con su Audiencia (como también lo era el Consejo Real de Navarra), en Castilla se dividió en dos el ámbito de la jurisdicción suprema: la Casa y Corte, donde residía el monarca con su Consejo y unos alcaldes para el conocimiento de los pleitos originados en el rastro; y la Corte y Chancillería, integrada, bajo la preeminencia de la Audiencia, por los magistrados que desempeñaban la jurisdicción suprema: oidores, alcaldes del crimen, junto a los cuales residían los alcaldes de hijosdalgo (que en 1774 fueron asimilados a los anteriores), así como los notarios de provincia (desaparecidos en 1572) y el juez mayor de Vizcaya.

Progresivamente, se crearon sucesivas Audiencias (bajo el reinado de Carlos V fueron instituidas las Audiencias de Galicia, Sevilla y Canarias) para el ejercicio de la jurisdicción suprema, en el ámbito de sus respectivos distritos, que originarían otros esquemas organizativos particulares, si bien no tenían la condición de Corte, carecían de sello real y estaban dotadas, por ello, de menor preeminencia.

Esta organización institucional que conformaba el aparato de justicia coexistía, haciendo aún más complejo el panorama jurisdiccional², con la jurisdicción eclesiástica, bajo la dependencia del Papa. Todo ello originaba una constante dificultad para delimitar las esferas de actuación de cada jurisdicción y, en concreto, de cada juez.

A partir del siglo XVIII la Monarquía experimentó un considerable proceso de transformación, con una progresiva implantación del modelo propio de Castilla a la Corona de Aragón, que conduciría a la formación de un aparato judicial único en la Monarquía católica que llegó hasta el siglo XIX y sirvió de base para la organización judicial de la Nación. Así, durante el siglo XVIII se produjo una progresiva uniformización en la Administración de Justicia, que afectó a los aspectos organizativos de la misma, sobre todo en la ordenación de los jueces, si bien no afectó al modelo de Justicia. En este sentido, la creación de nuevas Audiencias (en el siglo XVIII se constituyeron las de Asturias y Extremadura) provocó que se *provincializaran* las Chancillerías, lo que originó un progresivo alejamiento del Consejo, considerado ya como máximo tribunal del Reino. La política regalista de los Borbones durante el siglo XVIII, además, impulsó procesos de reversión jurisdiccional a la Corona, que incrementaron la presencia de los jueces del rey en la Administración de Justicia inferior, la cual fue globalmente reorganizada mediante el establecimiento de una carrera de corregimientos y varas (de alcaldías mayores) por parte de Carlos III en 1783.

Lo relevante para la designación como magistrado se centraba, entonces, en la adhesión al orden y el compromiso con la justicia, que se formulaba genéricamente como “temor de Dios”. Ni siquiera la condición letrada se consideraba imprescindible, dado que era en la conciencia, y no en la ciencia, donde se hacía radicar el conjunto de dispositivos que permitían administrar rectamente la justicia. Este principio se ratificaba en la prohibición de motivar las sentencias que, con carácter general, se imponía a los jueces.

El Antiguo Régimen, en suma, a pesar de su evolución paulatina, mantenía un aparato judicial en el que no se garantizaba en absoluto la división de poderes, mezclándose las funciones jurisdiccionales con las gubernativas, cuando no normativas. Las instituciones y órganos que impartían justicia no se limitaban, además, al desempeño

² En Castilla coexistían numerosos tipos de jueces: alcaldes ordinarios, alcaldes mayores, corregidores, gobernadores, jueces de apelación, jueces de grados, oidores, alcaldes de Corte, consejeros,...

exclusivo de tareas jurisdiccionales. El nombramiento de los jueces recaía en los monarcas, de forma que se generaba un modelo de justicia muy dependiente del poder del rey absoluto, difuminando la independencia de los jueces³.

2.2. La Edad Contemporánea.

La situación anterior evolucionó sustancialmente con el paso del absolutismo monárquico al régimen constitucional, que influyó decididamente en la configuración de la Administración de Justicia y, por ende, en el modo de designación de los jueces.

En todo caso, durante la primera etapa del siglo XIX, en la cultura jurídica española no se asentaba aún la actuación judicial en la recta aplicación e interpretación de la norma, toda vez que pervivía la prohibición de motivación de las sentencias⁴. La confianza en la recta administración de la justicia se fundaba más en las cualidades personales, externamente apreciadas, de los jueces o en los propios trámites procesales que en la vinculación de la resolución a un sustantivo canon normativo⁵.

No obstante, durante este período se sucedieron diversas etapas que generaron, finalmente, el sistema de Carrera Judicial, consagrado, definitivamente, en la Ley Provisional del Poder Judicial de 1870. Ya durante la invasión napoleónica⁶ se pergeñaron algunos intentos de reforma institucional en la Administración de Justicia. Así, el Estatuto de Bayona previó que el antiguo Consejo Real se convirtiera en el nuevo

³ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la Judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.) *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249.

⁴ La primera obligación de motivar las sentencias apareció en el Código de Comercio de 1829, para los pleitos de mayor cuantía de la jurisdicción mercantil. En 1838 se estableció la obligación para el Tribunal Supremo de motivar las resoluciones dictadas en los recursos de nulidad. La Ley provisional para la aplicación del Código Penal de 1848 previó la fundamentación de las sentencias criminales. Fue en 1855, con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se hizo extensible dicha obligación a todas las resoluciones en los juicios civiles. Referido en SOLLA, M. J. “Justicia bajo administración”. En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 289-324.

⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, F. “La constitucionalización de la justicia” En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 169-207.

⁶ MARTÍNEZ PÉREZ, F. “La constitucionalización de la justicia (1810-1823).” En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 169-207.

Tribunal de Reposición, como tribunal supremo y de casación, conociendo de materias civiles y criminales. También determinó la existencia de un Consejo de Estado, que conocía –entre otras materias- de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales. Fijaba como órganos que desempeñaban la jurisdicción, además de los jueces conciliadores, los juzgados de primera instancia y las Audiencias o Tribunales de Apelación⁷. Por otra parte, mediante un Decreto de 16 de diciembre de 1809 se ordenó el cese del Estado eclesiástico en el ejercicio de toda jurisdicción forense, civil y criminal. Dicho Decreto, además de prever los nuevos órganos ante los que debían tramitarse los procesos pendientes ante la jurisdicción eclesiástica, determinaba dónde debían desempeñar sus funciones los notarios y procuradores que venían actuando en las curias eclesiásticas⁸.

Las Cortes constituyentes de Cádiz también dejaron su impronta en el diseño de la Justicia. Si bien, como refiere Martínez Pérez⁹, en la nueva norma constitucional se aludió en sus artículos 252 y siguientes a los principios de vinculación del juez a la ley, la exclusividad de la función judicial, la independencia o la unidad jurisdiccional, estos no jugaron el papel que actualmente se les reconoce en los Estados constitucionales. Los liberales gaditanos se inspiraron en el modelo revolucionario francés, pretendiendo, al menos formalmente, configurar un Poder Judicial distinto y distante del resto de los poderes del Estado. Para ello se procuró garantizar la permanencia de los jueces en el cargo, independientemente de los cambios en los sistemas normativos. No obstante, este criterio no guió la práctica de las políticas de selección de jueces. Así, continuando con la anterior etapa, los nombramientos de los jueces se otorgaban al monarca, aunque a

⁷ El Decreto de 21 de junio de 1812 preveía la creación de trece Chancillerías. Además, mediante el Decreto de 17 de abril de 1810 España queda dividida en 38 prefecturas, divididas –a su vez- en municipalidades. La relevancia de esta división radica en que de esta división administrativa dependía tanto la primera instancia como el establecimiento de los tribunales de apelación. La competencia de las Chancillerías se extiende por un territorio que comprende varias prefecturas, tres con carácter general. Será en las subprefecturas donde residan los tribunales de primera instancia.

⁸ Podían elegir entre reconvertirse en escribanos reales y en procuradores numerarios del Juzgado de Primera Instancia de su lugar de residencia o quedar adscritos a los Tribunales civiles competentes a partir de entonces.

⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, F. “La constitucionalización de la justicia” En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 169-207.

propuesta del Consejo de Estado¹⁰. Las condiciones que contemplaba la Constitución para el nombramiento de los jueces venían constituidas por el hecho de haber nacido en territorio español y ser mayor de 25 años. El Decreto de 3 de junio de 1812 configuró las calidades requeridas a los mismos:

“Gozar de buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y libertad política de la Nación.”¹¹

No se exigió ser letrado hasta el Decreto CII de 9-10-1812, que se publicó como apéndice al Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia¹².

La cualidad exigida a los jueces, relativa a su adscripción al nuevo sistema político, fue concebida como elemento estructural del sistema judicial, ostentando un peso más específico que otras circunstancias del candidato a juez. Los méritos que los candidatos remitían al Consejo de Estado se fundaban, en gran medida, en este “mérito”.

Estas directrices implicaban la destitución de aquellos jueces que habían servido el Gobierno precedente. No obstante, a pesar de ello, la Magistratura vio respetados sueldos, honores y, en la mayoría de los casos, sus plazas en el nuevo régimen constitucional. Se llegó al compromiso de colocar en las nuevas instituciones a los jueces que habían servido en los antiguos Consejos y Tribunales. Mientras tanto, quedaban en la clase de cesantes con disfrute de sueldos y honores. Incluso, a los que habían sido cesados por haber servido en las cortes josefinas se les permitía su nueva incorporación tras un procedimiento para obtener su rehabilitación y, en el caso de los magistrados, incluso, la reposición, expedientes de los que conocían las mismas Cortes.

¹⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la Judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.) *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249.

¹¹ URBANO CASTRILLO, E. “Deontología judicial: el arquetipo de juez de nuestra época”. *Manuales de formación continuada. Éticas del juez y garantías procesales*. Consejo General del Poder Judicial. 2004. Madrid. Pág. 411.

¹² APARICIO PÉREZ, M. Á. *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Universidad de Barcelona. Barcelona. 1995.

Junto a la figura del juez cesante, anteriormente aludida, es preciso referir la existencia, durante esta etapa, de los jueces interinos. En esta categoría se encontraban, no sólo aquellos jueces o magistrados que habían obtenido provisionalmente su plaza por faltarle alguno de los requisitos establecidos por la Constitución y la normativa de desarrollo, sino también los jueces propietarios que quedaron degradados como resultado del cambio de régimen político. La declaración de interinidad en este último caso podía realizarse con carácter retroactivo o, incluso, de forma tácita.

En la restauración del régimen constitucional de 1820 volvió a recurrirse a estos mismos instrumentos que habían sido perfilados en la puesta en planta del sistema constitucional durante el período comprendido entre 1810 y 1814.

Por lo que respecta a la organización judicial, se configuró, por primera vez, el Tribunal Supremo, definido como cúspide de la autoridad judicial, que conocía del recurso de nulidad, a través del cual controlaba la recta administración de justicia desde la perspectiva del respeto a los trámites procesales, y la consulta, que permitía resolver los problemas de articulación de las múltiples instancias judiciales, determinando en última instancia las competencias para juzgar. Asimismo, se configuraron unas nuevas Audiencias Territoriales, herederas de los tribunales del Antiguo Régimen, que constituían, como menciona Muñoz de Bustillo¹³, tribunales supremos territoriales, dado que se les confió la interpretación material de la ley. Se igualaron, además, las facultades de las distintas Audiencias, eliminando los casos de Corte, es decir, la posibilidad de que conocieran de determinados asuntos en primera instancia.

Respecto de la primera instancia, las Cortes de Cádiz optaron por una justicia electa, estando la misma representada por los alcaldes, los jurados y los árbitros, que supusieron un instrumento para el desalojo de la jurisdicción señorial. Así, mediante el Decreto de 6 de agosto de 1811 la Nación recuperaba sus derechos mediante la reincorporación de la jurisdicción señorial, que quedaba a cargo de los alcaldes ordinarios. La Constitución de 1812 no modificó esta situación, prefiriéndose la justicia de alcaldes antes que el establecimiento interino de jueces comisarios. No obstante, los

¹³ MUÑOZ DE BUSTILLO. C. “La fallida recepción en España de la justicia napoleónica.” En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. N° VI. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 135-168.

alcaldes coexistieron con los jueces letrados de primera instancia. De hecho, la novedad del modelo de Justicia del primer constitucionalismo español residió en el diseño y generalización de los jueces de primera instancia, distribuidos en nuevos partidos judiciales.

Esta situación de cohabitación de jueces de procedencia tan diversa se hacía aún más compleja al coexistir la jurisdicción ordinaria con otras, como la militar, la de comercio o la eclesiástica.

Las reformas que se introdujeron durante el reinado de Fernando VII, como la división del territorio en provincias, la implantación de los Subdelegados o la promulgación del Código de Comercio, si bien introdujeron algunas novedades, no supusieron en ningún caso una transformación del complejo cultural e institucional conformado por la Administración de Justicia, dado que convivieron con instrumentos y concepciones propias de etapas precedentes. La época fernandina, en suma, dejó, entre otros inconvenientes, un aparato institucional caracterizado por su indeterminación, heterogeneidad, así como por la ausencia de un sistema de jerarquización de instituciones, hombres y normas¹⁴. Por otra parte, la segunda restauración fernandina supuso una depuración de mucho mayor calado que la que ya se produjo en la etapa gaditana. El sistema de purificaciones provocó una remoción intensa en todas las estructuras funcionariales españolas, incluida la Judicatura.

Durante la posterior etapa isabelina, incluyendo el período de la Regencia, la Justicia sufrió profundas transformaciones, debido al progresivo desmantelamiento que se produjo de la Justicia heredada del Antiguo Régimen y al consiguiente desarrollo e implantación del Estado Liberal¹⁵. A lo largo de estos años se generó en el Poder Ejecutivo un proceso de delimitación y consolidación de la Administración, lo que

¹⁴ LORENTE, M. "Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868". En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 243-287. También en: LORENTE SARIÑENA, M. "Justicia administrativa en la España bonapartista: la frustración del sueño imperial". *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2008. Págs. 145-185.

¹⁵ SOLLA, M. J. "Justicia bajo administración". En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 289-324.

requirió el deslinde de las esferas propias del Ejecutivo, la administrativa y la judicial, aislando el espacio que le correspondería a la Justicia. En este camino se produjo, asimismo, un proceso de estatalización y desapoderamiento de la Justicia, en la medida en que se trató de limitar el margen de decisión del juez, convirtiendo su función en una mera aplicación del Derecho del Estado. Esta posición, heredera de las ideas de la Revolución Francesa, asumía que juzgar implicaba, exclusivamente, la aplicación mecánica de la ley, de forma que a los jueces les estaba impedida la interpretación de los textos normativos y, por tanto, la creación de normas jurídicas a través de su función.

Por otro lado, se originó un proceso de reducción de la administración judicial, desde un punto de vista organizativo, limitándose de forma progresiva el número de espacios y de sujetos jurisdiccionalmente autónomos a favor, respectivamente, de una jurisdicción y de unos órganos centralizados dotados de potestad jurisdiccional. Hay que considerar que los isabelinos heredaron, no sólo jueces y magistrados, sino también una multitud de jurisdicciones en permanente conflicto en orden a la determinación de su ámbito de actuación (eclesiástica, de hacienda, de correos, de montes, aguas, marina, sitios reales,...). El criterio, en todo caso, que diferenciaba a los jueces de las diversas jurisdicciones no radicaba en su nivel de formación jurídica, es decir, si eran técnicos o, por el contrario, legos, pues el modo de selección, nombramiento, estatuto, actuaciones, mecanismos de exigencia de responsabilidad eran similares en los diferentes casos. Incluso, los puestos de las distintas jurisdicciones podían ser intercambiables. Habrá que esperar a la llegada del Gobierno revolucionario para que, por fin, en 1868, se limitara la pluralidad jurisdiccional.

En este ámbito se han de mencionar los Decretos de 24 de marzo de 1834, por los que se suprimieron definitivamente los antiguos Consejos de la Monarquía, órganos que desempeñaban simultáneamente funciones jurisdiccionales y administrativas, para ser sustituidos por el Consejo Real de España e Indias y por una serie de Tribunales Supremos. No obstante, si bien este nuevo diseño institucional facilitaba, inicialmente, la efectividad del principio de división de poderes, a partir de este momento se produjo, justamente, un proceso inverso a través de múltiples medidas, como pervivencias de jurisdicciones privativas, improcedencia de interdictos contra providencias gubernativas

de Ayuntamientos y Diputaciones, introducción de la reclamación gubernativa previa, inembargabilidad de bienes públicos, poder sancionador,...

Por lo que respecta a los requisitos que se exigían a los jueces para el ejercicio de su función, nos encontramos con que los únicos parámetros que a mediados de siglo seguían garantizando el recto ejercicio de la función judicial eran los constituidos por la idoneidad de las autoridades judiciales y la corrección de los procedimientos que coadyuvaban a estas autoridades en el desempeño de sus funciones. Y ello porque, ante la inseguridad que generaba la coexistencia de fuentes normativas tan diversas¹⁶, las cuales se mantuvieron hasta la promulgación del Código Civil, el peso de la recta administración de justicia recaía en las cualidades y virtudes personales de los jueces, perviviendo – incluso- la prohibición de motivación de las sentencias hasta mediados de siglo.

El Decreto de 24 de marzo de 1836 (“sobre el modo de dirigir sus instancias los Jueces interinos de primera instancia para obtener la propiedad”) determinaba que el nombramiento debía recaer sobre personas que hubieran “acreditado su adhesión al trono y a la libertad legal, su integridad, su prudencia y las demás virtudes que forman el carácter del buen juez”; demás virtudes entre las que la normativa incluía la “laboriosidad constante”, el “estudio continuo del Derecho”, “un celo no interrumpido”, “la pureza sin mancha y el ardiente amor a la justicia, como primera de las virtudes o, por mejor decir, el compendio de todas.”

El modelo de juez que se deduce de los requisitos exigidos para su selección no eran, evidentemente, las propias de un juez técnico. Las competencias que se exigían a los jueces excedían de los conocimientos jurídicos, para situarse en el terreno más vasto de las cualidades personales y de la práctica judicial. En este sentido han de encuadrarse los distintos proyectos de acceso a la Magistratura mediante oposición que se intentaron implantar desde mediados de siglo. Estos proyectos pretendían reaccionar frente a la adscripción política que se exigía a los jueces, que comenzó a implantarse en el

¹⁶ Como señala Solla, el orden normativo vigente a lo largo del siglo XIX estaba compuesto por una legislación confusa y dispersa, caracterizada por su incerteza, situación que se modificó tras la promulgación de los sucesivos Códigos. SOLLA, M. J. “Justicia bajo administración”. En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 289-324.

constitucionalismo gaditano y que se consolidó durante esta etapa. De hecho, mediante el Real Decreto de 22 de septiembre de 1836 (“mandando formar una junta que calificará a los magistrados y jueces de todos los tribunales”) se constituyó una Junta de Calificación de jueces y magistrados que tuvo como objeto expulsar al personal judicial vinculado a la etapa fernandina, para poder hacer inamovibles sólo a los jueces y magistrados afines al nuevo período político. La vinculación del juez al orden político y moral existente y dominante era el principio esencial que dirigía las políticas de selección de los jueces¹⁷.

Asimismo, a lo largo de estos años se produjo un proceso de “funcionarización” de los jueces o de “administrativación” de toda la estructura judicial. El medio principal a través del cual se logró este objetivo fue el de la creación de una Carrera Judicial, finalmente consolidada en la Ley del Poder Judicial de 1870. Así, se articuló una jerarquía marcada por un régimen de ascensos, destinos y clasificaciones en clases y categorías de jueces y magistrados, en base a escalafones conformados a la vista de sus expedientes personales. Ello conllevó una reducción de los sujetos dotados de potestad jurisdiccional y la administrativación de los restantes, lo que fue favorecido por la creación de la justicia contenciosa a partir de 1845. Este proceso fue impulsado, además, por la difusión progresiva de la justicia letrada, en detrimento de la justicia lega, desempeñada por sujetos dotados de potestad jurisdiccional no profesionales (justicias, alcaldes ordinarios, árbitros, conciliadores, jurados,...). Paradigma de esta evolución fue la atribución a los jueces de paz, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, de las competencias que estaban atribuidas hasta ese momento a los alcaldes ordinarios.

Otra medida que colaboró en este propósito fue la aprobación del Real Decreto de 4 de abril de 1834, por el que se subdividieron las provincias en partidos judiciales, de forma que la organización judicial se condicionaba a la administrativa. Este Decreto privó de facultades judiciales a los alcaldes ordinarios de todos los pueblos, aunque continuaron tales facultades respecto de los corregidores y alcaldes mayores.

El Decreto de 19 de noviembre de 1834 suprimió los Juzgados de Provincia, a cargo de los alcaldes del crimen, cuyos asuntos pasaron a depender de los jueces letrados,

¹⁷ SOLLA, M. J. “Justicia bajo administración”. En Lorente Sariñena, M. (ed.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 289-324.

asumiendo los alcaldes mayores y los corregidores letrados las funciones que anteriormente ostentaban los corregidores políticos y los gobernadores militares¹⁸.

Esta organización se completó con una normativa complementaria, entre la que destacamos: el Reglamento para la Administración de Justicia, de 1835, que fijó el organigrama de la Administración de Justicia, depositando la jurisdicción ordinaria en manos de una jerarquía organizativa constituida por los jueces de paz, los alcaldes, los jueces letrados de primera instancia, las Audiencias Territoriales y el Supremo Tribunal de España e Indias; las Ordenanzas de las Audiencias, configuradas mediante el Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 19 de diciembre de 1835; el Real Decreto del Ministro de Gracia y Justicia de 4 de noviembre de 1838, “sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria”, que situó al Tribunal Supremo como cúspide de la jerarquía judicial, al convertirse en un órgano de casación e intérprete del Derecho, por encima de las Audiencias, que hasta ese momento se consideraban tribunales superiores de la monarquía; o el Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia del Reino, de 1844, que detalló las atribuciones de los Juzgados de Primera Instancia. En esta normativa, concretamente en el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, se preveía la posibilidad de que los jueces fueran nombrados con carácter vitalicio o temporal (art. 55).

No obstante las innovaciones aludidas, la política que en la práctica se efectuó en materia de selección de jueces no merece una valoración positiva. Jiménez Asensio¹⁹ la describe del siguiente modo:

“Se apostará, en la práctica, por una justicia cautiva de la política, en la que los márgenes de profesionalidad se veían constantemente limitados por la inferencia del Ejecutivo en el estatuto del juez, cuya precariedad era notable, al no garantizarse ni siquiera la permanencia en su función... Los puntos más sangrantes fueron una política arbitraria de nombramientos, unos ceses también del mismo cariz, una organización ciertamente caótica y, en consecuencia, una desarticulación efectiva de la justicia.”

¹⁸ APARICIO PÉREZ, M. A. *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Universidad de Barcelona. Barcelona 1995.

¹⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la Judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Pág. 134.

La práctica consistía en admitir, con carácter interino, en la Magistratura a aquellos que hubiesen acreditado suficiente fidelidad al régimen liberal, de forma que sólo los que confirmaran en ese tiempo las expectativas políticas en ellos depositadas podrían, finalmente, acceder a la condición de propietarios, lo que conllevaba la inamovilidad, que –incluso– podía quedar inexistente ante los cambios de Gobierno. Así pues, existían dos procedimientos para hacer ineficaz la inamovilidad judicial: el primero, mediante el sistema de interinidades y el segundo, configurando la inamovilidad, pero a partir de una determinada fecha, una vez que se habían destituido los jueces contrarios al anterior Gobierno. Como refiere Delgado del Rincón²⁰, la inamovilidad no pasaba de ser un deseo, pues su incumplimiento era permanente. Incluso, en la propia Constitución de 1837 se equiparan los jueces a los empleados públicos en materia de nombramientos (art. 47.9 de la Constitución²¹).

El Real Decreto de 29 de diciembre de 1838, por el que se establecen “reglas para mejorar la condición de los Magistrados y Jueces”, introdujo ciertas garantías en los nombramientos. Declaró la calidad de interinos de los jueces, exigiendo ciertos requisitos de antigüedad en el ejercicio en determinados puestos funcionariales o de la abogacía para ser nombrado juez, aunque el Gobierno mantuvo las competencias en materia de nombramiento de los jueces.

El Real Decreto de 7 de marzo de 1851 reguló nuevamente la provisión de las plazas de la Magistratura, Judicatura y Ministerio Fiscal del fuero común y la suspensión, traslado y jubilación de funcionarios de dichas clases, aunque mantuvo la arbitrariedad gubernamental en la designación y remoción de los jueces.

El período que siguió a la disolución de las Cortes Constituyentes de 1856 supuso una continuidad reforzada de las características de la fase precedente. Los jueces que fueron designados durante el Bienio Liberal (1854-1856) fueron sustituidos, en gran medida, por los que se encontraban con anterioridad al mismo prestando sus funciones.

²⁰ DELGADO DEL RINCÓN, L.E. “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial”. *Revista del Poder Judicial*. Primer trimestre de 2001. Nº 61. Págs. 12-61.

²¹ Constitución localizable en:
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12382760832366051876213/p00000001.htm#I_11_, a fecha de marzo de 2010.

Mediante el Decreto de 28 de noviembre de 1856 se estableció que las vacantes que se produjesen en la Carrera serían cubiertas por cesantes de la misma clase.

2.3. La configuración de la Carrera Judicial. Del Sexenio Revolucionario (1868-1875) a la Constitución de 1978.

La etapa que comenzó con la Revolución de 1868 estableció unas nuevas bases en la concepción de la Carrera Judicial. Destacables son en este período el Decreto de 13 de octubre de 1868, que suprimió la jurisdicción contencioso-administrativa del Consejo de Estado y los Consejos Provinciales, y el Decreto de Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1868, que suprimió la jurisdicción especial mercantil y de hacienda y restringió los fueros militar y eclesiástico. De los negocios civiles y criminales, salvo excepciones mencionadas en el propio Decreto, se encargará la justicia ordinaria.

El Decreto de 3 de julio de 1869, que -no obstante- fue derogado a los diez días de su publicación, formuló un intento para renovar las formas de reclutamiento de la Magistratura. Así, los miembros del Tribunal Supremo serían nombrados por el Ministro de Gracia y Justicia, entre una terna propuesta por el Consejo de Estado, mientras que los demás jueces y magistrados eran nombrados directamente por el Ministro, de acuerdo con las reglas que contenía el propio Decreto, esencialmente, la publicación en la Gaceta de Madrid de los méritos en virtud de los cuales habían sido nombrados.

Será la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, la pieza esencial en el desarrollo de una nueva concepción de la Carrera Judicial que, como refiere Solla²², sirvió para dotar a la Administración de Justicia decimonónica de una dignidad constitucional perdida desde hacía décadas. Muestra de ello es el contenido de la Exposición de Motivos de la Ley, la cual detalla: “Las Cortes Constituyentes, al adoptar el sistema de oposición para el ingreso en la Carrera no sólo han querido que los jueces y magistrados tuviesen la aptitud necesaria para el buen desempeño de sus importantes destinos, sino que de entre los aptos se eligieran los más distinguidos por su talento y por sus conocimientos jurídicos, han trazado con esta medida una profunda línea

²² SOLLA, M. J. “Justicia bajo administración”. En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 289-324.

de separación entre lo pasado y lo futuro, cortando en su raíz el favoritismo y haciendo comprender a todos que en lo sucesivo no la influencia y sí el mérito será la puerta por la cual debe ingresarse en la carrera judicial”²³.

Comienza, de esta forma, una nueva etapa en la selección de jueces. Será ya el mérito y la capacitación técnica de los candidatos, valorados desde procedimientos imparciales ajenos a la adscripción política o ideológica de aquellos, los criterios determinantes para poder ingresar en la Carrera Judicial española.

Esta ley configuró un sistema de acceso a la Carrera Judicial, que consistía en la superación de unas pruebas públicas con ejercicios teóricos y prácticos, evaluados por una Junta Calificadora compuesta por el presidente del Tribunal Supremo, un fiscal del Tribunal Supremo, dos magistrados del Tribunal Supremo o de la Audiencia de Madrid, el decano de los abogados de Madrid, tres letrados, dos catedráticos de Universidad y un secretario, todos ellos nombrados por el Gobierno, a excepción del decano de los abogados.

El Gobierno, concretamente el Ministerio de Justicia, determinaba los programas y el tipo de ejercicios y procedía al nombramiento de la mayor parte de los miembros de la Junta Calificadora (el artículo 89 de la ley disponía que: “los reglamentos señalarán los ejercicios teóricos y prácticos que hayan de sufrir los examinados y el tiempo de su duración.”²⁴)

Las condiciones exigidas para acceder al ingreso a la Carrera eran ser español, mayor de 23 años y licenciado en Derecho por una Universidad costeada por el Estado (art. 83 de la ley). Además, el presidente de la Audiencia respectiva debía autorizar la presentación del candidato, emitiendo una certificación de aptitud, después de recabar los informes reservados que estimare convenientes. En dicho informe se valoraban, incluso, las cualidades morales de los candidatos²⁵. En caso de denegación de la certificación de

²³ Ley localizable en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf, a fecha de marzo de 2010.

²⁴ Ley localizable en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf, a fecha de marzo de 2010.

²⁵ APARICIO PÉREZ, M. A. *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Universidad de Barcelona. Barcelona. 1995.

aptitud no se admitía recurso alguno. Superada la oposición se ingresaba en un cuerpo de aspirantes, bajo la tutela del presidente de la Audiencia correspondiente. Éste emitía un informe relativo al comportamiento de los aspirantes, que se remitía a la Junta de Calificación, la cual podía: excluir al candidato, postergarlo por tiempo de tres meses a un año y excluirlo definitivamente si había sido postergado previamente dos veces. Ratificada la propuesta por el Gobierno, la misma no admitía recurso alguno (art. 100 y 101 de la Ley). Este régimen también era aplicable al sistema de ascensos.

Ya la Constitución de 1869 prescribió el sistema de la oposición en el ingreso a la Carrera Judicial²⁶, aunque contemplando una excepción: una cuarta parte de los magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo podía ser nombrado por el Ejecutivo. Se constituía, así, un sistema de concurso que, como alude Serván²⁷, podría permitir a las grandes personalidades de la práctica forense o de la enseñanza del Derecho aportar a la Magistratura su experiencia y conocimiento. No detalló la Constitución, sin embargo, los requisitos que habían de cumplir los que ingresaran en la Carrera por esta vía. El Reglamento de los Cuerpos de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal, promulgado mediante Decreto de 8 de octubre de 1870, reguló más pormenorizadamente las condiciones de estos nuevos aspirantes a jueces.

En esta materia son destacables las funciones que se le atribuyen al Consejo de Estado. Se prescriben sus propuestas para todos los nombramientos provenientes de la oposición, su audiencia para el ingreso por el procedimiento de concurso y su consulta para los casos de destitución, traslado y ascenso de jueces.

²⁶ Su artículo 94 establecía: “El Rey nombra a los jueces y magistrados a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la Ley Orgánica de los Tribunales. El ingreso en la Carrera será por oposición. Sin embargo, el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior ni a las reglas de la Ley orgánica de los Tribunales, pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos casos establezca la referida ley.” Localizable en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf, a fecha de marzo de 2010.

²⁷ SERVÁN, C. “Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869”. En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 363-395.

Se instauraron, además, en la Ley del Poder Judicial de 1870, dos medios para fiscalizar el debido cumplimiento de la normativa de selección de jueces²⁸: el recurso contencioso ante el Tribunal Supremo, que podían interponer aquellos candidatos que hubieran sido pospuestos indebidamente (artículos 102 y 180), y, en segundo lugar, la facultad que se le confería al Ministerio Fiscal para controlar si el nombramiento había sido hecho con arreglo a la Constitución y a las leyes (artículo 183), pues de no ser así los presidentes de las Audiencias o del Tribunal Supremo podían no dar posesión del cargo, manifestando al Gobierno los motivos de su decisión. Se consolida, así, un sistema de selección de jueces que pretende configurarse al margen de arbitrariedades propias del Antiguo Régimen y en base al mérito y capacidad de los candidatos.

Tras la promulgación de la Ley de 1870 se aprobó, el 8 de octubre de 1872, el Reglamento de los Cuerpos de Aspirantes a la Judicatura, en el que se preveía la obligación del Ministerio de Justicia de publicar anualmente el número de plazas a ser cubiertas por los aspirantes, regulando detalladamente el sistema de oposiciones y las funciones de los presidentes de las Audiencias²⁹.

La consolidación de la oposición como sistema de acceso supuso la instauración de un nuevo modelo de juez, pues se destierra el cuerpo judicial de tipo estamental, reducido a ciertas castas, y también el paternalismo anómico del mismo, fundamentado tradicionalmente en la superioridad política o moral del juez o del rey -en nombre del cual actúa-, así como su apoyo en antiguas e inextricables reglas, en máximas de equidad tradicionales o, en último extremo, en el buen arbitrio del juez. A partir de ahora la justicia será, precisamente, la aplicación de la ley y nada más, a cuyo efecto se hace obligatoria la motivación de la sentencia, de modo que aparezca su función de particularización al caso concreto de la ley aplicable³⁰.

²⁸ Ley localizable en formato facsímil en la dirección de correo: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/leyOrganicaPoderJudicial1870.pdf>, a fecha de marzo de 2010.

²⁹ Como refiere APARICIO PÉREZ, M.A. (en *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Universidad de Barcelona. 1995. Barcelona), las oposiciones contaban de tres ejercicios (dos teóricos y uno práctico). El oral se desarrollaba ante la Junta de Calificación y ante otros coopositores, que formulaban objeciones al orador. Tenía una duración de tres horas. El ejercicio práctico consistía en la redacción de una providencia o de una sentencia.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*. Civitas. Madrid. 1997. Pág. 38. Hay que recordar que hasta 1855, con la promulgación de la nueva

Durante la etapa de la Restauración, la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1882 amplió los supuestos en los que se permitía al Gobierno el nombramiento de jueces de entre abogados y otros operadores jurídicos mediante el sistema de concurso, dado que se extendió también a los jueces de entrada. En la práctica, dos de cada tres nombramientos de jueces en los juzgados de entrada eran directamente realizados por el Gobierno. El sistema mixto, de combinación de juristas con opositores en el acceso a la Judicatura, como reconoce Jiménez Asensio, fracasó por completo, pues se aplicó el sistema de concurso con un marcado carácter partitocrático y nepotista³¹. Esta forma de acceso, es decir, el concurso, fue objeto de múltiples vaivenes: así, por Real Decreto de 22 de diciembre de 1902 se suspendió esta vía de ingreso, retomándose nuevamente mediante la Real Orden de 21 de noviembre de 1904; se volvió a suspender el 21 de enero de 1905, para quedar definitivamente suprimido por Real Decreto de 30 de marzo de 1915³².

Destacable también es la Ley de 10 de agosto de 1885, que equiparó la Carrera Judicial y la Fiscal, otorgando un carácter más administrativo a la Carrera Judicial.

En esta etapa es preciso destacar, asimismo, la Ley sobre Justicia Municipal, de 5 de agosto de 1907, que reguló de una forma más pormenorizada la justicia municipal, pretendiendo encuadrar en el ámbito de la Carrera Judicial sus nombramientos. No obstante, ya desde la Ley de 1870 los jueces municipales (antes denominados jueces de paz) eran nombrados por el presidente de la Audiencia, a propuesta de una terna efectuada por los tribunales colegiados de los partidos, que –al no constituirse– fue sustituida por la propuesta de los jueces de primera instancia, exigiéndose además, que fueran nombrados entre letrados.

Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hizo extensible dicha obligación a todas las resoluciones en los juicios civiles.

³¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la Judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249.

³² Referido en REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial: ¿hay espacio para la esperanza? En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

Las circunstancias anteriormente descritas motivaron que, en 1902, el Ministro de Justicia, Eduardo Dato, finalmente, configurara la Carrera Judicial mediante un único acceso a través del sistema de la oposición, mediante el Real Decreto, de 22 de diciembre y, fundamentalmente, del Real Decreto de 30 de marzo de 1915, aunque con la excepción mediante la cual se permitía a los secretarios judiciales ya existentes el acceso a la Carrera. Impuso esta última norma, además, una serie de garantías en el proceso de selección de los jueces, como el anuncio anticipado de las oposiciones o la limitación de dos años para el período de prácticas.

Tras la irrupción en el poder de Primo de Rivera, en septiembre de 1923, se inició un proceso de destituciones de la justicia municipal, dada su relevancia, pues ostentaba atribuciones en materia de competencia electoral. Se creó la Junta de Depuración para eliminar de sus puestos a jueces y magistrados que no fueran idóneos. La posterior creación de la Junta Organizadora del Poder Judicial, mediante Decreto de 20 de octubre de 1923, perseguía la misma finalidad, pues le competía a ésta efectuar propuestas de nombramiento, ascenso y cese de los jueces, si bien el Gobierno podía vetar estas propuestas.

En 1926 se constituyó un órgano específico, el Consejo Judicial, al que le competía declarar la aptitud de aquellos jueces que iban a ascender, pretendiendo ser un órgano de gobierno de la Carrera Judicial. Estaba conformado por jueces que ocupaban la posición superior en la Carrera Judicial. De forma que el nombramiento directo de la cúpula judicial por parte del Ministerio permitía controlar, no sólo ésta, sino también el proceso de promoción de los integrantes de la Carrera Judicial.

Durante la etapa republicana únicamente se incidió en el nombramiento y selección de los jueces mediante lo que Jiménez Asensio³³ denomina como selección negativa, jubilando a unos 114 jueces, situados fundamentalmente en los estratos más elevados de la Judicatura. Así, la Ley de 8 de septiembre de 1932 dispuso en su primer artículo que podrían ser jubilados a su instancia o por resolución del Gobierno, todos los jueces de

³³ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la Judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249.

instrucción, magistrados y funcionarios del Ministerio Fiscal, si bien durante el bienio comprendido entre 1933 y 1936 se produjo el proceso inverso, es decir, el retorno de gran parte de los jubilados a sus puestos.

La posterior etapa franquista conllevó un nuevo proceso de destituciones³⁴. La principal innovación fue la aprobación de una nueva normativa de la Escuela Judicial (Decreto de 2 de noviembre de 1945, que desarrolla la Ley de 26 de mayo de 1944 que crea la Escuela Judicial), de forma que tras la fase de oposición se establecía un período de Escuela para la formación práctica del juez en el ejercicio de su profesión. Las oposiciones lo eran para el ingreso en la Escuela Judicial. Se reinstauró, asimismo, el Consejo Judicial, anteriormente aludido, al que le competía el nombramiento discrecional de los cargos judiciales con funciones gubernativas. Como indica Íñiguez, la política de justicia del régimen franquista se caracterizó por la inducción en el cuerpo de funcionarios judiciales de la ideología de la neutralidad y la conciencia de su apoliticismo y completa independencia, ni siquiera empañada por el principio de unidad de poder. Además, por un rígido control por el ejecutivo del acceso a la Carrera y, en especial, a todos los niveles de la jerarquía. Se utilizó, asimismo, el cauce de la excedencia especial como puente permanente entre la administración y la justicia³⁵.

La Ley de Bases de la Justicia, de 28 de noviembre de 1974, ratificó el sistema de acceso a la Carrera Judicial por la vía de la oposición, justificando esta decisión en que, pese a las críticas de que ha sido objeto, es el sistema menos malo³⁶, aunque respetaba un procedimiento de concurso en el Tribunal Supremo, de forma que la quinta parte de las plazas de este órgano eran cubiertas por juristas de reconocido prestigio.

³⁴ Como detalla Lanero Táboas, de unos 1000 miembros de la Judicatura, 368 se vieron sometidos a depuración, 62 separados y 8 admitidos con sanción. LANERO TÁBOAS, M. *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1996. Págs. 211-258.

³⁵ ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D. *El fracaso del autogobierno judicial*. Thomson civitas. Cizur Menor (Navarra). 2008. Pág. 159.

³⁶ Ley localizable en: <http://www.boe.es/boe/dias/1974/11/30/pdfs/A24355-24369.pdf>, a abril de 2010. Preámbulo.

La Ley de 28 de noviembre de 1974 fue derogada por la Ley 11/1978, de 20 de febrero³⁷, la cual preveía que en el plazo de cuatro meses, a contar desde la fecha de promulgación de la Constitución Española, el Gobierno remitiría a las Cortes un proyecto de Ley de Bases de Organización del Poder Judicial, acomodado a los principios establecidos en ella.

En 1978 se promulgó la nueva Constitución. La misma, si bien no contenía un pronunciamiento expreso sobre el modo concreto por el que se tenía que desarrollar el acceso a la Carrera Judicial, sí determinaba garantías específicas en el ejercicio de la función jurisdiccional, como la inamovilidad, independencia y la sujeción únicamente al imperio de la ley.

El proyecto de ley al que aludía la Ley de 1978, lamentablemente, se retrasó en su presentación parlamentaria hasta abril de 1980, dando lugar a la Ley Orgánica 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial. Con posterioridad, el Gobierno remitió al Congreso el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que finalmente fue promulgada con fecha de 1 de julio de 1985. Esta ley es la que, si bien con numerosas reformas, configura los procedimientos de acceso actuales a la Carrera Judicial en España.

3. LA SELECCIÓN DE LOS JUECES TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985.

3.1. Principios generales y requisitos de los candidatos.

La Constitución española de 1978 (en adelante, también como CE) dedica el Título VI al Poder Judicial³⁸. En el mismo se consagra la plena independencia de los jueces. Precisamente, ésta es una de sus principales innovaciones, al constituir un nuevo órgano de gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial (en adelante,

³⁷ Texto localizable en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/l_011_1978.pdf, a fecha de abril de 2010.

³⁸ En el análisis de esta sección se han utilizado las aportaciones incluidas en Valls Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. También las sucesivas leyes que ha introducido reformas y modificaciones en la originaria Ley Orgánica del Poder Judicial.

CGPJ). No obstante, por lo que respecta a la selección de los jueces, la Norma Constitucional no efectúa concreciones específicas, remitiéndose en este ámbito al contenido de lo que dispongan las leyes que la desarrollan.

El acceso a la Carrera Judicial española, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), ha admitido diversas formas de acceso, si bien la Carrera Judicial se ha nutrido, fundamentalmente, de opositores que han superado unas pruebas selectivas y un posterior curso en la Escuela Judicial o en el antiguo Centro de Estudios Judiciales. De esta forma, el acceso a nuestra Carrera Judicial se inserta dentro de los sistemas burocráticos, propios de los países europeos continentales.

Esta vía de acceso a la Carrera Judicial ha coexistido con los concursos de méritos entre juristas con experiencia profesional, si bien la importancia de estos respecto del sistema clásico de la oposición ha sido reducida, pues sólo se han cubierto a través de este procedimiento un porcentaje limitado de la totalidad de las plazas convocadas. En el texto primitivo de la LOPJ se contemplaron diferentes procesos para el acceso a la Carrera Judicial. Además de la oposición libre, de forma más residual también se admitieron las siguientes vías de acceso:

- Concurso para juristas de reconocida competencia con más de seis años de ejercicio profesional que se incorporan a la Carrera Judicial con la categoría de juez (a través de este proceso se seleccionaba a la tercera parte de las plazas de jueces).
- Concurso para juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional que se incorporan a la Carrera Judicial con la categoría de magistrado (a través de este proceso se seleccionaba una cuarta parte de las plazas de magistrados).
- Concurso entre juristas de reconocido prestigio para acceso a la Carrera Judicial con la categoría de magistrado del Tribunal Supremo (se selecciona, mediante este proceso, una quinta parte de los integrantes del Tribunal Supremo).

- Concurso entre juristas de reconocido prestigio para el acceso a los Tribunales Superiores de Justicia (a través de este proceso se selecciona una tercera parte de los integrantes de las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia).

Como frontispicio de los criterios configuradores de la selección de jueces, la LOPJ determina actualmente, en su artículo 301, como también reitera el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial, que el ingreso en la Carrera Judicial ha de estar basado en los principios de mérito y de capacidad, debiendo garantizar los procesos de selección, en todo caso, con objetividad y transparencia, la igualdad en el acceso a la Carrera Judicial, así como la idoneidad y suficiencia profesional de las personas seleccionadas. Ciertamente, estos principios se consideran hoy irrenunciables para la cobertura de las plazas judiciales en un sistema democrático, si bien sólo introducen unas pautas meramente orientativas de los sistemas de selección, que se detallan en las disposiciones siguientes de la Ley Orgánica.

Respecto a los requisitos generales exigidos para ingresar en la Carrera Judicial, la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya en su redacción original, en el artículo 303, contemplaba los siguientes: ser español, mayor de edad y licenciado en Derecho. Asimismo, establecía como incapacitados para el acceso a la Carrera: los impedidos física y psíquicamente para el ejercicio de la función judicial, los condenados por delito doloso mientras no hubieran obtenido la rehabilitación, los procesados o inculcados por delito doloso en tanto no hubieran sido absueltos o no se hubiera dictado auto de sobreseimiento y los que no se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Mediante la LO 16/1994, de 8 de noviembre, se incorporaron unas nuevas exigencias: no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad e incompatibilidad que establece esta Ley y no tener la edad de jubilación en la Carrera Judicial ni alcanzarla durante el tiempo máximo previsto legal y reglamentariamente para la duración del proceso selectivo hasta la toma de posesión, incluido, si es el caso, el curso de selección en el Centro de Selección y Formación de Jueces y Magistrados.

Se analizarán, a continuación, de forma más detallada, las diferentes vías de acceso a la Carrera Judicial que han coexistido desde la promulgación de la LOPJ.

3.2. La oposición libre.

La LOPJ configuró, desde su redacción inicial, la oposición libre como la principal vía de acceso a la Carrera Judicial. Así se deduce del reducido porcentaje de plazas que se reservan a los concursos de méritos, que serán posteriormente analizados.

La oposición libre, desde la aprobación de la Ley de 26 de mayo de 1944, que creó la Escuela Judicial³⁹, que fue desarrollada por el Reglamento de 2 de noviembre de 1945, exigía la superación de dos fases. La primera comprendía unas pruebas establecidas para evaluar los conocimientos jurídicos de los candidatos, y la segunda, de carácter eminentemente práctico, era realizada en un centro destinado a la formación de jueces. Ya el artículo 301 de la redacción original de la LOPJ disponía que “El ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de la oposición libre y de las pruebas realizadas en el Centro de Estudios Judiciales...”.

3.2.1. Gestión de los procesos de selección.

Dos son las cuestiones que han sido modificadas de forma sucesiva en la organización de los procesos de selección de jueces desde la promulgación de la LOPJ. En primer lugar, la convocatoria, conjunta o separada, de las oposiciones a jueces con las pruebas para el acceso a la Carrera Fiscal. En segundo lugar, los órganos que han asumido la competencia en la gestión de los procesos selectivos.

Por lo que respecta a la primera, hay que detallar que la convocatoria de las oposiciones de jueces se llevaba a cabo, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPJ, de forma conjunta con las de la Carrera Fiscal. Así, una vez superada la oposición y el período de Escuela Judicial, los opositores optaban por pertenecer a la Carrera Judicial o a la Fiscal. La promulgación de la LOPJ supuso una ruptura con esta situación, diferenciando los procesos selectivos propios de cada una de estas Carreras. Incluso, a partir de 1994 (LO 16/1994), el curso teórico y práctico posterior a la superación de las pruebas selectivas era diferente: los fiscales lo desarrollaban durante seis meses en el centro de Estudios Judiciales, dependiente del Ministerio de Justicia, mientras que el

³⁹ Como alude REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial. ¿Hay espacio para la esperanza”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333. La Escuela Judicial comenzó a funcionar en 1950, siendo en 1952 cuando recibió la primera promoción de jueces.

relativo a los jueces tenía lugar durante dos años en la Escuela Judicial, órgano técnico dependiente del CGPJ.

Sin embargo, la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, estableció, nuevamente, la unidad de las oposiciones para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal. Una vez finalizada y superada la primera fase del proceso de selección era el momento en el que los candidatos optaban por una de las dos Carreras. Esta Ley justificaba la práctica conjunta del sistema selectivo porque de esta manera se evitaba “...la situación hasta ahora existente de que las mismas personas superen ambos procesos selectivos con la pérdida de efectivos que ello conlleva para una y otra Carrera.”

Desde la convocatoria del año 2005, decretada mediante Acuerdo de la Comisión de Selección del Consejo de 19 de abril de 2005, se ha establecido en las convocatorias de las oposiciones a la Carrera Fiscal y Judicial, incluso, una restricción en la opción que pueden formular los candidatos que superan la primera fase del proceso selectivo para formar parte de la Carrera Judicial o Fiscal, pues se contempla una reducción proporcional del número de plazas ofertadas para ambas Carreras para el caso de que no se cubran todas las plazas anunciadas en la convocatoria. Esta regulación ha sido objeto de crítica, pues como refieren Moralo⁴⁰ y Requero⁴¹, ofrece dudas de legalidad, dado que la LOPJ no contempla la posibilidad de imponer restricciones de esta naturaleza en la elección que realizan los candidatos a jueces o fiscales. En todo caso, genera inseguridad jurídica la posibilidad de que una persona se presente a un proceso de selección sin poder conocer, *ex ante*, la profesión para la que, finalmente, será nombrado, en caso de superarla.

Más allá de esta cuestión, si se parte de la consideración de la disparidad de las funciones que desarrollan los jueces y los fiscales y las diferentes jurisdicciones en las que las mismas se proyectan (pues la mayor parte de los fiscales desarrollan casi toda su

⁴⁰ MORALO GALLEGOS, S. “El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre.” En Vals Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 235-263. REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Vals Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

⁴¹ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Vals Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

labor profesional en la jurisdicción estrictamente penal) se concluye la improcedencia de que los procesos selectivos sean idénticos para ambas profesiones. Ello, por supuesto, si lo que se pretende priorizar en el diseño de los procedimientos de selección es la pertinente capacitación de los futuros jueces y fiscales y la adecuación de tales procesos selectivos a su perfil profesional, y no tanto el ágil desarrollo de los mismos.

En cuanto a los órganos que han asumido la competencia en la convocatoria y desarrollo de los procesos de selección, es preciso concretar que mediante la LO 1/1980, que creaba el Consejo General del Poder Judicial, se atribuyeron al Consejo las competencias en materia de selección de jueces. No obstante, desde la promulgación de la LOPJ, estas funciones fueron asumidas por el Ministerio de Justicia, si bien, mediante la reforma de la Ley Orgánica, realizada a través de la LO 16/1994, se otorgó al CGPJ, nuevamente, las competencias en materia de selección de jueces, de forma que ahora el centro de selección y formación de jueces pasa a depender del Consejo General, disponiéndose –además– que la convocatoria de las oposiciones correspondería a este órgano (artículo 306 LOPJ), el cual también era el encargado de aprobar la normativa por la que se debían regular la oposición, el concurso-oposición y el curso teórico-práctico para el ingreso en la Carrera Judicial, si bien se reserva al Ministerio de Justicia la determinación del número máximo de plazas a convocar.

Esta misma reforma, por otra parte, estableció también la obligación de convocar, al menos cada dos años, las pruebas para el acceso a la categoría de juez, si bien dicha circunstancia ya se contemplaba en el artículo 4 del antiguo Reglamento de la Carrera Judicial 1/1995.

En esta línea se han de mencionar los órganos que, ya dentro del ámbito del Consejo General del Poder Judicial, han asumido competencias en la selección de los jueces y magistrados. Así, en primer lugar, la Sección de Selección, Formación y Perfeccionamiento, incardinada dentro del Servicio de Personal del Consejo General del Poder Judicial⁴², que tramita y organiza tanto los expedientes de convocatoria de las

⁴² A esta Sección le corresponde: a) Tramitar los expedientes de convocatoria de las pruebas selectivas y de especialización de los miembros de la Carrera Judicial; b) Realizar las actividades precisas para la organización y desarrollo de los cursos y jornadas orientados a la formación y perfeccionamiento de los Jueces y Magistrados, en colaboración con el Centro de Estudios Judiciales y con las instituciones universitarias; c) Prestar a la Comisión de Calificación el apoyo administrativo preciso para el desarrollo de

pruebas selectivas y de especialización como las actividades precisas para el desarrollo de los cursos y jornadas orientadas a la formación y perfeccionamiento de los Jueces y Magistrados.

En segundo lugar, hay que mencionar a la Escuela Judicial, que fue constituida por la Ley de 26 de mayo de 1944, desarrollada por Decreto de 2 de noviembre de 1945. Este centro ha asumido actualmente competencias en el diseño de la formación y en la selección de los jueces y magistrados, según dispone el artículo 307 LOPJ.

La distribución competencial en la organización y convocatoria de las pruebas se alteró, nuevamente, mediante la reforma de la LOPJ efectuada por la Ley 9/2000, que creó la denominada Comisión de Selección, contemplada en el actual artículo 305 LOPJ, órgano colegiado y presidido en años alternativos por un vocal del Consejo y por un Fiscal de Sala. Como integrantes de esta Comisión se incluyen también a un magistrado, un fiscal, el Director de la Escuela Judicial, el Director del Centro de Estudios Jurídicos, un funcionario del Ministerio de Justicia con, al menos, rango de subdirector general, y un integrante de los órganos técnicos del CGPJ. El vocal del Consejo, el magistrado y el integrante de los órganos del Consejo se nombran por éste, el funcionario del Ministerio de Justicia por esta institución, mientras que los fiscales, por el Fiscal General del Estado.

A dicha Comisión de Selección se le otorgan funciones relevantes en el ámbito de la selección de jueces. Así, además del nombramiento de los integrantes de los Tribunales de Selección (con anterioridad a la reforma le correspondía al Consejo General del Poder Judicial) y de la convocatoria de las oposiciones y del concurso-oposición para el ingreso a la Carrera Judicial (a instancias del Consejo y del Ministerio de Justicia), ha de proponer al Ministerio de Justicia y al Pleno del CGPJ el temario de la oposición, el contenido de los ejercicios y las normas complementarias que han de regir la oposición, así como también le corresponde realizar los trámites precisos para la distribución de los candidatos aprobados entre las distintas escuelas o centros de formación (el relativo a los fiscales y el propio de los jueces).

sus cometidos, ordenando y custodiando la documentación a ella dirigida, tramitando los asuntos de su competencia y realizando las tareas de ejecución de sus acuerdos y de los del Pleno en las materias atribuidas a la competencia de esta Comisión. Artículo 108 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, aprobado mediante Acuerdo de 22 de abril de 1986, del Consejo General del Poder Judicial.

Según refiere Requero⁴³, uno de los problemas del funcionamiento en esta Comisión se ha producido cuando no ha habido acuerdo entre las propuestas del CGPJ y las del Ministerio de Justicia, pues la LOPJ no prevé la forma de solucionar las discrepancias en estos casos.

La creación de esta Comisión, por otra parte, ha generado cierta inseguridad jurídica, pues este órgano regula de forma coyuntural y para cada proceso de selección los criterios y el temario que han de presidir las oposiciones. Es por ello que Moralo⁴⁴ ha propuesto que el Consejo, mediante su facultad reglamentaria, sea el que regule los aspectos fundamentales del proceso selectivo, lo que impediría que los mismos dependieran de los acuerdos anuales de la Comisión de Selección o de los propios Tribunales calificadores. Tales aspectos comprenderían: el plazo mínimo para convocatoria de las oposiciones, el tipo y modelo de exámenes y sus fechas o la forma en que los candidatos aprobados pudieran optar entre la Carrera Fiscal o la Judicial. Ello, a juicio de este magistrado, no sería incompatible con los acuerdos anuales de la Comisión, aunque dejando para ésta el establecimiento de las cuestiones más concretas del proceso. Las facultades que le confiere al Consejo el artículo 110 LOPJ, en cuyo apartado 2.a) se alude expresamente a posibles reglamentos en materia de sistemas de ingreso de los jueces, favorecería esta posible solución. Similares objeciones han sido formuladas por Valls Gombau⁴⁵, al admitir que la Comisión está dotada de un marco normativo provisional y poco definido.

Otra cuestión que se suscita en torno a esta Comisión es la concerniente al modo en el que se designan sus integrantes. Así, no se prevé ningún concurso de méritos o procedimiento objetivo para la evaluación del *curriculum* de las personas que conforman este órgano, permitiéndose la designación discrecional por el Consejo General del Poder

⁴³ REQUERO IBÁÑEZ, J.L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

⁴⁴ MORALO GALLEGO, S. “El acceso a la carrera judicial mediante la oposición libre”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 235-263.

⁴⁵ VALLS GOMBAU, J. F. “El acceso a las carreras judicial y fiscal”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Nº 69. Madrid. 2003. Págs. 464-489.

Judicial de aquéllas, situación que es cuestionable, tanto por la falta de transparencia en el modo en que son elegidos sus integrantes como por la consideración de que no se exija la acreditación de unos méritos para garantizar la elección de personas especialmente cualificadas para integrar este órgano.

En última instancia, como recuerda Martínez Alarcón⁴⁶, hay que recordar que a través de la creación de esta Comisión se han trasladado nuevamente al Gobierno, aunque de forma parcial, las competencias que sobre selección de jueces se otorgaron al Consejo General del Poder Judicial en 1994, pues las propuestas de la Comisión han de ser sometidas de forma conjunta a la ulterior aprobación del Ministerio de Justicia y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

La designación discrecional es también extensible a los miembros de los Tribunales de Selección. A partir de la reforma de la LOPJ efectuada en el año 2000 (L.O. 9/2000) la misma concreta en su artículo 304⁴⁷ tanto la composición de estos Tribunales como ciertos aspectos relativos al procedimiento de selección, permitiendo la participación en la misma de instituciones vinculadas a la Administración de Justicia⁴⁸. Pero, más allá de estas determinaciones, tampoco existe en este caso ningún procedimiento objetivo para valorar la cualificación técnica y profesional de los integrantes de estos Tribunales.

⁴⁶ MARTÍNEZ ALARCÓN. M.L. “La selección de la Carrera Judicial en España”. *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla La Mancha*. Nº 7. 2003. Págs. 141-168.

⁴⁷ La reforma de la LOPJ realizada mediante la LO 9/2000 estableció de forma más detallada la composición de los integrantes de los Tribunales Calificadores y reguló las previas propuestas que diferentes instituciones deben efectuar para la selección y nombramiento de los integrantes de los Tribunales. Esta regulación fue, posteriormente, modificada mediante la LO 19/2003, que no alteró sustancialmente los criterios de la anterior ley 9/2000.

⁴⁸ Los integrantes de los Tribunales de Selección, que son designados por la Comisión aludida, han de estar constituidos por un presidente, que será un magistrado del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, o bien, un fiscal de Sala o del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia. Y como vocales por los siguientes: dos magistrados, dos fiscales, un catedrático de universidad de disciplina jurídica en que consistan las pruebas de acceso, un abogado del Estado, un abogado con más de diez años de ejercicio profesional y un secretario judicial de la categoría primera, que actuará como secretario. El nombramiento se realiza en base a las siguientes propuestas: el Presidente del Tribunal, a propuesta conjunta del Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Fiscal General del Estado; los dos magistrados, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial; los dos fiscales, a propuesta del Fiscal General del Estado; el catedrático, a propuesta del Consejo de Coordinación Universitaria; el abogado del Estado y el secretario judicial, a propuesta del Ministerio de Justicia; y el abogado, a propuesta del Consejo General de la Abogacía.

La Ley del año 2000, de medidas urgentes para la agilización de la Justicia, que introdujo las modificaciones expuestas en el ámbito de la Comisión de Selección, implicó, asimismo, que el CGPJ derogara las disposiciones que contenía el Reglamento de la Carrera Judicial relativas a la oposición libre, dado que no se adaptaban a la nueva concepción del sistema de oposición. Ello se hizo efectivo mediante el Acuerdo Reglamentario 2/2001, de 7 de marzo, del Pleno del CGPJ.

Como modificaciones normativas relevantes posteriores a la del año 2000 hemos de destacar las incluidas en Ley 19/2003, de 23 de diciembre, modificadora de la LOPJ. Esta Ley, en primer lugar, reforzó el principio de imparcialidad como criterio rector de los procesos de selección de los jueces. El artículo 301 de la LOPJ fue modificado con el siguiente contenido: “El ingreso en la carrera judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, disponiendo que el proceso de selección garantizará, con objetividad y transparencia, la igualdad en el acceso a la misma de todos los ciudadanos que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional de las personas seleccionadas para el ejercicio de la función jurisdiccional.”

En segundo lugar, obligó a reservar un cupo no inferior al 5 % de las vacantes de jueces para ser cubiertas entre personas con discapacidad (en grado igual o superior al 33 %), siempre que superen las pruebas selectivas y que acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes en la forma que se determine reglamentariamente (actualmente, estas cuestiones vienen detalladas en los artículos 8 a 15 del Reglamento actual de la Carrera Judicial 2/2011)⁴⁹.

⁴⁹ En la convocatoria de las pruebas de acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado y en las de las pruebas de especialización también se están reservando plazas para su cobertura a personas con discapacidad igual o superior al 33%. Así se deduce del contenido de los siguientes acuerdos del Pleno del Consejo: Acuerdo de 19 de noviembre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas de especialización para la provisión de plazas de Magistrado especialista en el orden jurisdiccional social, Acuerdo de 19 de noviembre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas de especialización para la provisión de plazas de Magistrado especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, Acuerdo de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas de promoción y especialización en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil, Acuerdo de 23 de septiembre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca un proceso selectivo para provisión de plazas, entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional en las materias propias de los órganos del orden social, del orden contencioso-administrativo o de los órganos con jurisdicción compartida civil y penal, para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado.

La Ley Orgánica 19/2003 también modificó sustancialmente los concursos de selección de magistrados, aspecto que será tratado con posterioridad.

Con el objeto de salvaguardar el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la Carrera Judicial, mediante la Orden 2469/2006, de 25 de julio, se establecieron unas bases reguladoras de la concesión de ayudas económicas para la preparación de oposiciones para el ingreso a las Carreras Judicial o Fiscal, con la finalidad de “atraer hacia las indicadas profesiones jurídicas (jueces y fiscales) a los mejores profesionales del Derecho”, tal y como dispone la Resolución de 1 de agosto de 2006 del Centro de Estudios Jurídicos que desarrolló la orden aludida.

Destacable es, asimismo, el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 1/2008, de 23 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento sobre indemnizaciones en concepto de asistencias por razón de participación en Tribunales de oposiciones y otros procesos de selección relativos a la Carrera Judicial, norma a través de la cual se pretende garantizar una compensación económica a todo el personal de apoyo y a todos los integrantes de los Tribunales que intervienen en los procesos de ingreso, promoción y especialización en la Carrera Judicial.

3.2.2. La primera fase del proceso de selección: el temario y las modalidades de pruebas.

El tipo y contenido de las pruebas exigidas ha sido objeto de una constante modificación desde que entró en vigor la LOPJ⁵⁰. Así, si bien inicialmente existían dos ejercicios orales, mediante Real Decreto 1924/1986, de 19 de agosto, desarrollado por Orden Ministerial de 28 de enero de 1987, se sustituyeron las dos pruebas orales por una sola escrita, además de reducir el contenido de los temas que contenían el programa y contemplar la facultad del tribunal calificador de someter al opositor a una entrevista final.

⁵⁰ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

Por Orden Ministerial de 1 de agosto de 1991 se contemplaron dos ejercicios escritos y uno práctico, y por Orden Ministerial de 1993 se reinstauró la oralidad, manteniendo el programa de 1987, así como la entrevista final.

En la convocatoria del año 2003 se introdujo un nuevo ejercicio, que se añadió a los dos orales existentes con anterioridad. Dicho ejercicio consiste en la superación de un test. Éste comprende cien preguntas que ofrecen cuatro respuestas diferentes cada una de ellas. El opositor debe elegir, de entre las cuatro, aquélla que es la correcta. Más que un ejercicio, pues no puntúa en la nota final, es un medio que permite la preselección de candidatos y que legitima a acceder a los otros dos exámenes orales, dado que sólo los que obtienen una determinada nota en este examen pueden realizar los ulteriores ejercicios orales. La principal finalidad con la que fue concebido fue la de facilitar la gestión de la oposición, reduciendo el número de aspirantes que afrontaran los dos ejercicios orales, lo que reducía el número de tribunales selectivos y la duración de los ejercicios orales. Por otra parte, no cabe duda de que dicha prueba reduce la posible aleatoriedad existente en todo proceso selectivo. También ha sido objeto de modificaciones⁵¹, pues si bien inicialmente sólo comprendía materias propias del primer ejercicio oral (Derecho Constitucional, Civil y Penal), desde el año 2005 se introdujeron en el mismo materias de Derecho Procesal. A partir de 2005, además, en las convocatorias se va declarando exento de hacer el test al que apruebe el primer ejercicio oral en la convocatoria anterior con una determinada calificación.

De esta forma, el diseño actual de las pruebas de selección es el siguiente: un primer examen tipo test, en los términos anteriormente descritos, un segundo examen oral⁵², que comprende cinco temas (uno de Derecho Constitucional, dos de Derecho Civil y otros dos de Derecho Penal) y un tercer examen oral, que exige la exposición de otros

⁵¹ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

⁵² La exigencia de la oralidad ha sido defendida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de 3 de diciembre de 1999, de la Sala Tercera, manifestó que “(...) la exigencia de oralidad se fundamenta en el principio de capacidad, que debe presidir las pruebas de acceso a las función pública... las funciones judiciales requieren que quien las desempeña una especial fluidez oral.. Por ello, es perfectamente legítima y conforme con el artículo 23.2 de la Constitución la exigencia de unas pruebas orales como parte de las pruebas selectivas para el ingreso en la Carrera Judicial...”

cinco temas (dos de Derecho Procesal Civil, uno de Derecho Procesal Penal, un tema de Derecho Mercantil y, finalmente, otro de Derecho Administrativo o Derecho Laboral).

No obstante todas estas vicisitudes, el programa no ha sido objeto de sustanciales modificaciones desde 1987, contemplando como materias básicas en el mismo el Derecho Constitucional y Teoría del Derecho, Derecho Penal y Civil, Derecho Procesal Civil y Penal, así como temas de Derecho Mercantil, Administrativo y Laboral, si bien estos últimos con una menor profundidad⁵³.

Finalmente, en la convocatoria del año 2010 se han introducido novedades, con la finalidad expresamente admitida por la Comisión de Selección, de pretender aliviar la dificultad de las pruebas de acceso⁵⁴, dado que en los últimos años gran parte de las plazas convocadas no se cubrían por no alcanzar los candidatos el nivel exigido en las respectivas pruebas. Las novedades más relevantes que se introducen son las siguientes: se reduce el tiempo de duración de los ejercicios segundo y tercero (los dos exámenes orales) de 75 a 60 minutos, con la posibilidad de que el Tribunal otorgue al final de los ejercicios cinco minutos de gracia al finalizar cada ejercicio; se prevé la posibilidad de que la persona opositora, al extraer los cinco temas en cada uno de los ejercicios orales, pueda rechazar uno de ellos, extrayendo uno nuevo del mismo bloque que el rechazado; se mantiene la dispensa del primer ejercicio (test) para el que hubiera aprobado la segunda prueba (de carácter oral) en alguna de las dos convocatorias anteriores, que ya se estableció en la convocatoria de 2005; asimismo, se relajan los requisitos para la dispensa del segundo ejercicio en la siguiente convocatoria, que ya se introdujo en la convocatoria del año 2009⁵⁵, dado que si en la convocatoria de 2009 era necesario superar la nota media del tribunal o de todos los tribunales, en la convocatoria de 2010 bastará con superar la nota media de este segundo ejercicio menos un punto; se permite la posibilidad de que el tribunal pueda calificar como apta a la persona opositora que, habiendo

⁵³ Hay que tener en cuenta que, en virtud de modificaciones legislativas y de las decisiones de la Comisión de Selección, se suelen realizar en cada convocatoria modificaciones puntuales del temario, refundiendo epígrafes, desdoblado temas, eliminando otros, etc.

⁵⁴ Así se incluye en la misiva que, por medio de correo electrónico, remitió el vocal de selección del Consejo General del Poder Judicial, D. Félix Azón Vilas, a todos los jueces y magistrados.

⁵⁵ Esta dispensa ya fue postulada por MORALO GALLEGOS, S. "El acceso a la carrera judicial mediante la oposición libre". En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 235-263.

obtenido en el tercer examen una nota inferior al aprobado (25 puntos), pero superior a 20 puntos, compense dicha puntuación con la del segundo ejercicio, a los efectos de conseguir, entre el segundo y tercer ejercicio, una nota superior a 50, siempre que existan plazas vacantes; se modifica la puntuación de cada uno de los cinco temas que comprenden cada uno de los exámenes orales, el segundo y el tercero, de forma que pasan de puntuarse cada uno de los temas de cinco a diez puntos, siendo la máxima puntuación de cada ejercicio, en lugar de 25 puntos, los 50 puntos, situándose el aprobado en los 25 puntos; se sustituye el sorteo, como criterio de desempate entre aspirantes, por el de la nota obtenida en el examen tipo test (manteniéndose el sorteo como criterio subsidiario); el temario pasa de estar conformado por 360 temas a comprender 321, suprimiéndose temas relativos al Derecho Constitucional, materias de Derecho Civil poco frecuentes en la práctica, temas de Derecho Foral, de Derecho Orgánico, así como parte de los temas que comprendían el tercer ejercicio (de Derecho Mercantil, Administrativo y Laboral).

De todo lo expuesto, y de las constantes y permanentes modificaciones efectuadas en el temario y en las modalidades de pruebas propias de estos procesos de selección e, incluso, en la competencia para desarrollar estos últimos se trasluce que en su diseño han estado presentes numerosos factores, como las demandas de cobertura de plazas, el más ágil y eficiente desarrollo de las pruebas de selección o su más objetiva evaluación (como el hecho de que se permita en la convocatoria de 2010 reducir el número de tribunales para el último ejercicio), pero en ningún caso las alteraciones e innovaciones han venido presididas por una reflexión científica sobre los pilares sobre los que se ha de erigir la profesión de juez y sobre el sistema que ha de ser el más adecuado para que el candidato a juez reciba la más óptima formación para que en el ejercicio de sus funciones desarrolle las competencias que le son propias con excelencia profesional.

3.2.3. La segunda fase del proceso de selección: la Escuela Judicial.

Desde la promulgación de la primitiva LOPJ de 1985 se dispuso que las oposiciones lo eran para ingresar en el que entonces se denominaba Centro de Estudios Judiciales (artículos 301 y siguientes de la LOPJ), de forma que se exigía la ulterior superación de un curso en el referido centro para ostentar la final condición de juez.

El origen de estas estancias data de la Ley de 26 de mayo de 1944, la cual, para facilitar la adaptación de la Magistratura al régimen político surgido de la guerra civil y con la finalidad de mejorar la formación de los jueces, alteró sustancialmente el sistema de selección de los jueces y creó la Escuela Judicial. A partir de este momento, las oposiciones -que no desaparecen- se convocarán, no para ingresar directamente en la Carrera, sino para acceder a la Escuela. De forma que el ingreso en la Carrera se producirá, únicamente, tras la superación de un período docente a efectuar en la mencionada Escuela Judicial. La Ley de creación de la Escuela Judicial fue desarrollada en sus previsiones por el Decreto de 2 de noviembre de 1945, que perfilaba su función y objetivos, y, posteriormente, por el Decreto 204/1968, de 27 de enero, modificado en cuestiones de detalle por algunos textos posteriores (Decretos de 12 de junio de 1969, de 18 de agosto de 1972, de 24 de mayo de 1974 y de 17 de mayo de 1981, y algunos acuerdos del Consejo General del Poder judicial -creado tras la instauración del régimen democrático - de 22 de junio, 8 de octubre y 31 de octubre de 1981, 20 de enero y 5 de marzo de 1982). Según el Decreto de 1968, la Escuela quedaba configurada como un Organismo Autónomo, dependiente del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de Justicia (art. 1.1). Su función fundamental consistía en «la selección, formación y perfeccionamiento de los funcionarios al servicio de la justicia, conforme a las prescripciones legales y a las normas contenidas en este Reglamento» (art. 1.2). No obstante, por diversas vicisitudes, hasta 1950 no se recibe la primera promoción en la Escuela.

El Reglamento preveía un curso formativo y de selección de un año de duración (art. 13), con un plan de estudios amplio y variado que incluía asignaturas formativas (Sociología Judicial, Metodología jurídica, idiomas), profesionales y aplicativas (jurisprudencia civil, penal, etc.; criminología, medicina legal), informativas de especialidades y, finalmente, asistencia a Juzgados, Tribunales y a la Fiscalía de Madrid. Para la impartición de las enseñanzas se preveía la existencia de un conjunto de profesores numerarios del Centro.

Durante la epata democrática ha sido una constante la modificación de la regulación del referido Centro, tanto en lo atinente a su composición y organización como en lo relativo a su adscripción orgánica.

Así, mediante la LO 1/1980, que creaba el Consejo General del Poder Judicial, el Centro pasó a depender del propio Consejo, que asumió también las competencias en materia de selección de jueces. Tras la promulgación de la LOPJ, el artículo 434 LOPJ consagró la existencia del aludido centro, que ahora pasa a denominarse Centro de Estudios Judiciales. Además, la nueva LOPJ (en su artículo 107.7) volvió a atribuir al Ministerio de Justicia la competencia en materia de selección de jueces, sustituyendo la Escuela Judicial por el Centro de Estudios Judiciales, organismo dependiente del Ministerio, regulado posteriormente por Real Decreto 1924/1986, de 29 de agosto, y configurándose como un organismo autónomo de carácter administrativo al servicio del Ministerio de Justicia y del Consejo General del Poder Judicial, destinado a la formación tanto de jueces como de fiscales, secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

La reforma efectuada mediante la LO 16/1994 volvió a atribuir la competencia para la selección y formación inicial de jueces al CGPJ. El Consejo aprobó un Reglamento específico sobre la Escuela Judicial, 2/1995, mediante Acuerdo de 7 de junio de 1995, denominando al centro, nuevamente, Escuela Judicial, situando su sede en Barcelona. Del Ministerio de Justicia dependerá, a partir de entonces, el Centro de Estudios Jurídicos, destinado a la formación de otros profesionales, como secretarios o fiscales.

En la reforma de la LOPJ, efectuada mediante la LO 16/1994, también se modificó la denominación de la fase práctica del proceso de selección, que pasa de ser considerado como período de pruebas a llamarse curso teórico y práctico de selección realizado en el centro de formación y selección de jueces y magistrados. Esta Ley, asimismo, también determinó que la duración del curso teórico de formación no podría ser, en ningún caso, inferior a un año y el práctico de otro año (art. 307 LOPJ).

Con la Ley 9/2000, de 22 de diciembre, se redujo la duración del curso teórico y práctico de selección y formación de jueces, con el objetivo de conseguir un mayor número de efectivos, calificando dicha medida como perentoria. Finalmente, tras la reforma operada mediante la Ley Orgánica 19/2003, se estableció que la duración mínima del curso fuera de nueve meses para la parte teórica y de seis meses para la parte práctica.

A partir de la reforma de la LOPJ, efectuada mediante la LO 19/2003, la mención al Centro de Estudios Judiciales incluida en la LOPJ se sustituiría por la de Escuela Judicial⁵⁶.

El contenido del curso que se desarrolla en la Escuela Judicial y las posteriores estancias en órganos jurisdiccionales se analizarán más detalladamente en el capítulo 7 del presente trabajo.

3.2.4. La reforma del actual proceso de selección.

Actualmente, el Consejo General del Poder Judicial ha constituido distintos Grupos de Trabajo que están elaborando diferentes informes en el ámbito de la selección y de la formación de los jueces, cuyo objetivo es formular propuestas de cambio de la situación actual en aras a mejorar los procesos formativos y selectivos de los integrantes de la Carrera Judicial.

Por lo que respecta a los procesos de selección, hay que destacar el informe elevado al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en fecha de 22 de diciembre de 2010, relativo al acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, elaborado por el Grupo de Estudio de los modelos de acceso a la Carrera Judicial⁵⁷. Las propuestas que contiene el

⁵⁶ Datos obtenidos de GARCÍA VALDÉS, C. “La selección y formación de jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales”. *Revista del Poder Judicial*. Nº 7. 1987. García Valdés fue director del Centro de Estudios Judiciales. También de REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

⁵⁷ Localizable en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=156454&Download=false&ShowPath=false>, a fecha de enero de 2011.

Este grupo de trabajo ha estado integrado por: Félix V. Azón Vilas (vocal del Consejo General del Poder Judicial, de la Comisión de Escuela Judicial y de la Comisión de Selección), Manuel Torres Vela (vocal del Consejo General del Poder Judicial de la Comisión de Escuela Judicial), Miguel Collado Nuño (vocal de la Comisión de Escuela Judicial), Pascual Ortuño Muñoz (director de la Escuela Judicial), Jesús Corbal Fernández (magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo y ex Director de la Escuela Judicial), Carlos Gómez Martínez (presidente de la Audiencia Provincial de Baleares y ex director de la Escuela Judicial), José Francisco Valls Gombau (magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y ex director de la Escuela Judicial), Nuria Cleries Nerín (magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), M^a Luz García Paredes (magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), Pablo Llarena Conde (magistrado, Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Barcelona), Francisco Pleite Guadamillas (magistrado, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Sevilla), Luis Rodríguez Vega (magistrado, Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona), Yolanda Rueda Soriano (magistrada, Juzgado de lo Penal nº de Barcelona), Javier Seoane Prado (magistrado, Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza), Juan Vacas Larraz (juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de Daroca), José Luis Bueren Roncero (fiscal de Sala, Presidente de la Comisión de Selección), Javier Huete Nogueras (fiscal ante el

informe se refieren, por un lado, a los tipos, requisitos y modalidades de pruebas y, por otro, a la gestión y organización de los procesos selectivos. Respecto de las primeras sugiere, entre otras medidas, que se exija la obtención del título de máster como requisito para el acceso a la oposición, que el temario sea racionalizado y adaptado a las “necesidades actuales de la función jurisdiccional” (necesidades que no detalla suficientemente); y que las pruebas selectivas se compongan de las siguientes: un test, similar al actual; una fase escrita, que comprendería dos ejercicios escritos: uno teórico y otro práctico; un examen oral, con exposición de temas y posibles preguntas del Tribunal; una prueba sobre personalidad y aptitud para el desarrollo de las funciones judiciales; en última instancia, se alude a la posible valoración de un título, debidamente homologado, que acredite el conocimiento de una lengua extranjera.

También es relevante el informe que elaboró la Comisión sobre Planta y Demarcación, que fue constituida mediante reunión del Consejo de Ministros de 24 de abril de 2009, para la elaboración de una nueva Ley de Planta Judicial, que indica, entre una de sus recomendaciones asociadas, la actualización del diseño del proceso selectivo de jueces y fiscales, al entender que el mismo debe exigir un tiempo global de preparación más reducido, con el objeto de garantizar la existencia de excedentes suficientes para cubrir las vacantes. No obstante, hay que reconocer que este informe también refiere, entre los objetivos de esta posible modificación de los sistemas de acceso, otros ligados a la cualificación y formación de los candidatos, como la introducción de nuevas formas de evaluación de técnicas y habilidades jurídicas no estrictamente memorísticas⁵⁸.

Tribunal Supremo), M^a Lourdes Rodríguez Rey (fiscal jefa de la Audiencia Provincial de Palencia y ex directora del Centro de Estudios Jurídicos), Fermín Morales Prats (catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona), Alejandro Saiz Arnaiz (profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona), Sofía Puente Santiago (directora del Centro de Estudios Jurídicos), Judit González Pedraz (subdirectora de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal del Ministerio de Justicia) y Manuel Olmedo Palacios (jefe de la Sección de Selección de la Escuela Judicial).

⁵⁸ Localizable en:

http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680017911&pagename=Portal_del_ciudadano/Documento/TempDocumento&lang=es_es, a fecha de junio de 2010. Este informe fue elaborado por una Comisión constituida por: el secretario de Justicia y ocho vocales, que eran: Silvia Barona Vilar, José Luis Bueren Roncero, Landelino Lavilla Alsina, Fernando Ledesma Bartret, Augusto Méndez de Lugo y Pérez de Ayala, Victoria Ortega Benito, Herminia Palencia Guerra y Juan Antonio Xiol Ríos.

3.3. Concurso entre juristas de reconocida competencia para el ingreso en la Carrera Judicial con la categoría de juez.

En su regulación inicial, la LOPJ de 1985 contemplaba el acceso a la Carrera Judicial en la categoría de juez por la modalidad de concurso. Así, en su art. 301.2 disponía: “En cada convocatoria se reservará una tercera parte de las plazas que se convoquen para juristas de reconocida competencia, quienes por concurso de méritos accederán directamente al Centro de Estudios Judiciales”. El artículo 302 concretaba que para tomar parte en el concurso era preciso, además, contar con seis años, al menos, de ejercicio profesional como jurista. La primera convocatoria de esta modalidad de acceso se efectuó el 20 de febrero de 1987, día en el que se publicó en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE). Se realizaron posteriores convocatorias que fueron publicadas en fechas de 4 de septiembre de 1987, 4 de julio de 1988, 11 de julio de 1989, 26 de julio de 1990, 5 de marzo de 1992, 10 de julio de 1993 y 27 de mayo de 1995.

En la LOPJ se especificaba (artículo 313) que el baremo que se estableciera en las vías de acceso a la Carrera Judicial por el procedimiento del concurso, que había de corresponder al mismo Tribunal que evaluara la fase de oposición, debía contemplar la ponderación de los siguientes méritos: a) títulos y grados académicos obtenidos en relación con las disciplinas jurídicas, valorándose los correspondientes expedientes académicos; b) años de servicio en relación con disciplinas jurídicas en el cuerpo de procedencia, en la profesión que ejerciera o en la Carrera Fiscal o en la de Secretarios Judiciales; c) la realización, convenientemente acreditada, de cursos de especialización jurídica; d) la presentación de ponencias, comunicaciones, memorias o trabajos similares en cursos y congresos de interés jurídico; e) publicaciones científico-jurídicas; f) número y naturaleza de los asuntos que hubiera dirigido ante los Juzgados y Tribunales, dictámenes emitidos, asesoramientos y servicios jurídicos prestados en el ejercicio de la Abogacía. Asimismo, se preveía la facultad del tribunal de convocar a los aspirantes a una entrevista para valorar más adecuadamente los méritos de los aspirantes. Dicha entrevista, según se detallaba, no podía convertirse en un examen jurídico.

Desde la redacción original de la ley orgánica se concretaba que, ya se ingresara en la categoría de juez mediante el concurso o mediante la oposición libre, era necesario, tras superar la oposición o el concurso, la realización de un curso en el denominado

Centro de Estudios Judiciales y de unas prácticas en un órgano judicial (artículo 307). Asimismo, se establecía que las plazas que hubieran quedado vacantes en el concurso acrecerían a las correspondientes al turno de oposición.

Mediante reforma de la LOPJ efectuada con la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, se introdujo la primera gran modificación en esta vía de acceso, reservando para ésta, a partir de este momento, sólo la cuarta parte de las plazas que se convocaban, exigiéndose a los aprobados la superación de un curso en la Escuela Judicial en régimen de igualdad que los candidatos que accedían por el sistema de la oposición libre. Asimismo, dejaba de ser un mero concurso de méritos para transformarse en un concurso oposición, aunque manteniéndose el requisito de los seis años de ejercicio profesional como jurista para acceder a él. La fase de oposición consistía en un examen oral en el que se exponían 5 temas durante 75 minutos con 30 minutos previos de preparación y extraídos sobre un programa de 100 de ellos, comprensivos de todo el ordenamiento jurídico. A partir de entonces se realizaron convocatorias, publicadas en el BOE en fechas de 4 de diciembre de 1996, 27 de marzo de 1998, 23 de enero de 1999, 10 de marzo de 2000, 20 de marzo de 2001, 20 de marzo de 2002 y 20 de marzo de 2003. El desarrollo del examen estaba desarrollado en el antiguo Reglamento de la Carrera Judicial 1/1995, artículos 36 y siguientes.

En esta norma reglamentaria se incluyó como criterio contenido en el baremo de los concursos-oposición y de los concursos para el acceso por la categoría de magistrado, en las Comunidades Autónomas con lengua y derechos propios, el conocimiento de los mismos⁵⁹, criterio que, no obstante, fue suprimido en la reforma de la LOPJ desarrollada mediante la Ley Orgánica 19/2003.

⁵⁹ Respecto a esta cuestión, el artículo del Reglamento de la Carrera Judicial 1/1995 también contempló la valoración adicional de estos méritos en los concursos de traslado de jueces y magistrados respecto de aquellos que concursaran a plazas sitas en Comunidades Autónomas que tuvieran Derecho o lengua propias. Su regulación inicial fue declarada nula mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1997. Posteriormente, esta materia ha sido nuevamente modificada mediante el nuevo Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011, de 28 de abril. Una información más detallada sobre la valoración de la lengua en los concursos de jueces y magistrados puede encontrarse en: VERNET I LLOBET, J. “Los principios de mérito y capacidad en la provisión de plazas de magistrados, jueces, fiscales y personal al servicio de la administración de justicia en las comunidades autónomas con doble oficialidad lingüística”. *La Administración de Justicia en un Estado Plurilingüe. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 1999. Págs. 274-324. LÓPEZ BASAGUREN, A. “Algunos problemas en torno a la cooficialidad lingüística y el Poder Judicial.” *Jueces para la democracia*. Nº 34. 1999. Págs. 34-43. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. “Balance conclusivo sobre la administración

Los requisitos para el acceso a este concurso ya fueron objeto de valoración en el Libro Blanco de la Justicia de 1997⁶⁰, el cual propuso, respecto de esta vía de acceso, que se incrementara el número de años de ejercicio profesional exigidos para optar por este concurso hasta un mínimo de ocho.

A través de la reforma de la LOPJ, efectuada mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se consagró la desaparición de esta vía de acceso. Esta reforma partió, según refiere Requero⁶¹, en gran medida, del propio CGPJ, el cual manifestaba en el informe elaborado sobre la reforma de la LOPJ aludida⁶² que “los motivos que daban razón de ser al ingreso por el sistema de turnos en la categoría de juez han desaparecido, de ahí que a la hora de diseñar y perfeccionar los sistemas idóneos de ingreso en la judicatura, lo pertinente sea perfeccionar el llamado cuarto turno por la categoría de magistrado”. Añadió el Consejo otras críticas a esta modalidad de acceso a la Carrera Judicial, concretando que “...no puede calificarse como una forma exitosa de ingreso en la Carrera Judicial si atendemos a los datos de las seis últimas convocatorias...”. Detallaba en el aludido informe que “...la mecánica de los procesos selectivos hace que el concurso oposición no implique un ingreso más rápido, pues... el proceso selectivo tiene

de justicia en un estado plurilingüe”. *La Administración de Justicia en un Estado Plurilingüe. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. Págs. 374-414. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y posible reparto de asuntos por razones lingüísticas”. *La Administración de Justicia en un Estado Plurilingüe. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. Págs. 326-341. GARCÍA HERRERA, M.A., LÓPEZ BASAGUREN, A. “Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial”. *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado Autonomico. Estudios de Derecho Judicial*. Ibarra Robles, J.L. y García Herrera, M.A. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 127-207. XIOL RÍOS, J. A. “El uso de las lenguas autonómicas ante la Administración de Justicia. Sobre la LOPJ, la Carta Europea y la doctrina del TC en la materia”. *Cuadernos Digitales de Formación*. Volumen 1. Madrid. Año 2008.

⁶⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Libro Blanco de la Justicia* (aprobado en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha de 17 de enero de 2007). Madrid. 1997. Contempla los problemas que afectan a la Administración de Justicia y sus posibles soluciones. Tuvo en cuenta la opinión de todos los sectores públicos y privados, implicados en la vida cotidiana de Juzgados y Tribunales. Localizable en: <http://procuradores-alicante.com/El%20libro%20blanco%20de%20la%20Justicia.html>, a fecha de enero de 2009.

⁶¹ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial: ¿hay espacio para la esperanza? En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

⁶² Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre el proyecto de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por el que se reforma la LOPJ. Localizable en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>, a fecha de enero de 2010.

idéntica duración (que la oposición)...ya sea de una u otra forma, todos ingresan en la Escuela Judicial., quedan sujetos al mismo programa docente y son evaluados y escalafonados conjuntamente en la misma promoción.” Esta posición del Consejo fue corroborada, como ya se ha expuesto, por el texto legal definitivo, que suprimió esta modalidad de concurso.

3.4. Concurso entre juristas de reconocida competencia para el ingreso en la Carrera Judicial con la categoría de magistrado.

3.4.1. Introducción.

La LOPJ de 1985 incluyó, como ya se ha referido, la incorporación de juristas a la Carrera Judicial por la vía de un concurso de méritos, según detalló desde su redacción originaria el artículo 301 de la Ley Orgánica. Su artículo 311 se refiere expresamente al acceso a la categoría de magistrado, mencionando que, de cada cuatro vacantes existentes en esta categoría, una se debe reservar para juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional.

La LOPJ, en su artículo 311.2, admite la posibilidad de que, a través de las pruebas de especialización de los órdenes contencioso-administrativo y social integrantes del Ministerio Fiscal puedan acceder a la Carrera Judicial por esta modalidad de concurso, siempre que hubieran prestado, al menos, dos años de servicios efectivos en su Carrera⁶³.

A partir de la reforma de 1994 efectuada en la LOPJ (LO 16/1994) se otorgó expresamente al Consejo la competencia para el desarrollo de la misma, pues con anterioridad la ley declaraba que ésta competía al Ministerio de Justicia, en términos similares que los expresados para la oposición libre.

Esta reforma de 1994 contempló, asimismo, la posibilidad de que los concursos selectivos se convocaran por especialidades, medida que fue valorada positivamente en el

⁶³ Se incluyó esta posibilidad para los fiscales mediante la reforma de la LOPJ que tuvo lugar mediante la LO 16/1994, si bien en esta ley se concretó la antigüedad requerida para el ingreso en la Carrera Judicial en un año, plazo que se amplió a los dos años de servicios efectivos mediante la LO 19/2003.

Libro Blanco de la Justicia de 1997⁶⁴, que propuso que la convocatoria de estas plazas se anunciara, sistemáticamente, por especialidades. Finalmente, esta posibilidad se ha venido convirtiendo en la regla general, de forma que, actualmente, se están convocando los concursos por especialidades, en los términos que faculta el artículo 311.3 de la LOPJ.

En todos estos casos, no obstante, la Ley 16/1994 estableció limitaciones para el supuesto de que el nuevo magistrado deseara cambiar de jurisdicción. Así, ello sólo podía tener lugar, en estos casos, una vez prestados cinco años de servicios efectivos y tras superar las actividades de formación obligatorias establecidas para estos casos por el Consejo. La Ley 19/2003 modificó esta regulación, obligando a estos magistrados, si deseaban cambiar de jurisdicción, a superar las pruebas de especialización previstas en la ley en los ámbitos específicos contencioso-administrativo, social o mercantil.

Esta Ley 19/2003, que modificó la LOPJ, introdujo una sustancial revisión en esta modalidad de acceso a la Carrera Judicial. La nueva ley instauró una reserva de las plazas convocadas a través de estos concursos a favor de los secretarios judiciales de primera y segunda categoría, a los cuales se les reserva una tercera parte de aquéllas, si bien mantuvo la proporción que ya existía en la LOPJ para las plazas que debían cubrirse por magistrados mediante la vía del concurso (una cuarta parte del total). Esta reforma de la LOPJ también modificó aspectos relevantes del baremo que sirve de base para valorar los méritos de los aspirantes, lo que analizaremos a continuación, en el estudio de las fases de esta vía de acceso a la Carrera.

3.4.2. Fases del concurso-oposición para el ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado.

A) Fase de concurso

Esta fase pretende la valoración de los méritos de los aspirantes, con base al baremo que contempla de LOPJ y el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial que la desarrolla en la actualidad. En la misma se incluye la valoración estricta de los méritos y

⁶⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Libro Blanco de la Justicia*, aprobado en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha de 17 de enero de 2007. Madrid. 1997. Localizable en: <http://procuradores-alicante.com/El%20libro%20blanco%20de%20la%20Justicia.html>, a fecha de enero de 2009.

la celebración de una entrevista con los candidatos, la cual puede también influir en la valoración que el Tribunal Calificador otorgue al *curriculum* de los aspirantes.

Los méritos actualmente ponderables y su valoración fueron incorporados a la actual LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, que modificó sustancialmente los criterios que hasta entonces se contemplaban en el baremo para valorar los méritos de los aspirantes (art. 313). Se mencionan en la LOPJ los siguientes: título de Licenciado en Derecho con calificación superior a aprobado, incluido el expediente académico; título de Doctor en Derecho y calificación alcanzada en su obtención, incluido el expediente académico; años de ejercicio efectivo de la abogacía ante los juzgados y tribunales, dictámenes emitidos y asesoramientos prestados; años de servicio efectivo como catedráticos o como profesores titulares de disciplinas jurídicas en universidades públicas o en categorías similares en universidades privadas, con dedicación a tiempo completo; años de servicio como funcionario de carrera en cualesquiera otros cuerpos de las Administraciones públicas para cuyo ingreso se exija expresamente estar en posesión del título de Doctor o Licenciado en Derecho e impliquen intervención ante los Tribunales de Justicia, en la Carrera Fiscal o en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, destinos servidos y funciones desempeñadas en los mismos; años de ejercicio efectivo de funciones judiciales sin pertenecer a la Carrera Judicial y número de resoluciones dictadas, valorándose, además, la calidad de las mismas; publicaciones científico-jurídicas; ponencias y comunicaciones en congresos y cursos de relevante interés jurídico; realización de cursos de especialización jurídica de duración no inferior a trescientas horas, así como la obtención de la suficiencia investigadora acreditada por la Agencia Nacional de la Calidad y Acreditación; haber aprobado alguno de los ejercicios que integren las pruebas de acceso por el turno libre a la Carrera Judicial. La valoración de estos criterios es concretada en los artículos 16 y siguientes del Reglamento de la Carrera Judicial, 2/2011⁶⁵.

⁶⁵ En la redacción originaria de la LOPJ se establecían los siguientes méritos en el baremo: títulos académicos relacionados con las disciplinas jurídicas, años de servicio en la profesión que ejerciera relacionada con las disciplinas jurídicas, la realización de cursos de especialización jurídica, la presentación de ponencias, comunicaciones, memorias y trabajos en cursos y congresos y artículos científico-jurídicos.

Con la Ley Orgánica 16/1994 se incluyeron unos nuevos méritos en el baremo, añadiendo las siguientes novedades. Se valoraba, junto a los títulos y grados académicos, los expedientes académicos y se mencionaban expresamente como nuevos méritos: el número y naturaleza de los asuntos que hubiera dirigido ante los Juzgados y Tribunales, dictámenes emitidos, asesoramientos y servicios jurídicos prestados en el ejercicio de la Abogacía y, en las Comunidades con lengua y Derechos propios, el conocimiento de los mismos.

En todo caso, detalla la ley que sólo podrán ponderarse los méritos que, estando contemplados en el baremo, guarden relación con las materias propias del orden jurisdiccional a que se refiere la convocatoria del concurso.

La LOPJ admite, en esta fase del proceso selectivo, la posibilidad de que el Tribunal excluya al candidato por insuficiencia o falta de aptitud deducida de los datos obrantes en el expediente, aun cuando hubiera superado la puntuación mínima exigida. Esta facultad implica, ciertamente, la concesión de un amplio margen de discrecionalidad al Tribunal para valorar los méritos de los candidatos, a pesar de que la ley exija una motivación independiente del acuerdo que afecte al candidato excluido. También se admite que el propio Consejo excluya a algún candidato, previa audiencia del mismo, siempre que se haya tenido conocimiento de alguna circunstancia que haya supuesto demérito insuperable.

Se detalla, asimismo, en el artículo 313 de la LOPJ que en las bases se establecerán las previsiones para que el Tribunal pueda tener conocimiento de cuantas incidencias hayan podido afectar a los concursantes durante su vida profesional.

Las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 19/2003, tantas veces aludida, cambian el perfil de los candidatos a magistrados, primando los méritos de los docentes universitarios y de los profesionales procedentes de la Administración en detrimento de los abogados y otros profesionales del ámbito privado. De esta forma se modifica, en cierta manera, el espíritu de la primitiva Ley Orgánica, la cual pretendía incluir como nuevos jueces a abogados y a otros profesionales del ámbito privado que pudieran aportar al ejercicio jurisdiccional nuevas perspectivas y valoraciones. Así se deduce de su Exposición de Motivos, que incluía como una de las justificaciones del concurso de magistrados la de “...lograr entre la Carrera Judicial y el resto del universo jurídico la ósmosis que a buen seguro se dará cuando se integren en la Judicatura quienes, por haber ejercido el Derecho en otros sectores, aporten perspectivas diferentes e incorporen distintas sensibilidades”⁶⁶. El informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de la Ley de 2003 reconoció que con este baremo se modificaba el perfil de jurista que accedía a la Carrera Judicial, desvirtuándose, así, esta

⁶⁶ Capítulo VII de la Exposición de Motivos de la original LOPJ, de 1 julio 1985.

modalidad de acceso, al afirmar que el hecho de “...que el cuarto turno sea medio para facilitar el ingreso en la Carrera Judicial de quienes integran la llamada justicia interina será un medio para normalizar esta situación, pero no para atraer a la Carrera Judicial a juristas relevantes de otros ámbitos jurídicos”⁶⁷.

También cuestionó el Consejo en el informe que elaboró sobre el proyecto de la futura Ley 19/2003 la reserva efectuada a favor de los secretarios judiciales, refiriendo que “el secretariado ha de tener una función en sí lo suficientemente atractiva como para que sus integrantes vean en su desempeño una profesión que satisfaga todas sus expectativas de desarrollo profesional.” Por otra parte, matizó que “uno de los propósitos del legislador al reinstaurar el régimen de turnos fue atraer a la Carrera Judicial a juristas de variadas procedencias que enriqueciesen a la Carrera Judicial con sus aportaciones, lo que no acaba de compadecerse con la instauración de una vía específica para los secretarios judiciales.”

Es constatable el hecho de que, de forma sucesiva, las diferentes reformas de la LOPJ han incrementado el nivel de exigencia a los futuros candidatos, pues se ha ido exigiendo un mayor número de méritos a los aspirantes. La inclusión, dentro de los mismos, de la superación de algún examen de la oposición libre, por otra parte, permite que los opositores que no logren su objetivo puedan optar, mediante este procedimiento, a posteriores concursos de magistrados. No obstante, es lo cierto que los actuales requisitos priman a los candidatos provenientes de la función pública, incluidos los procedentes de puestos vinculados con la propia Administración de Justicia, lo que no deja de ser paradójico, pues esta vía pretendía facilitar el acceso a profesionales del ámbito privado, como sucede en los sistemas anglosajones.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece, desde su redacción original, la obligación de que las bases de las convocatorias contemplen la facultad de que el Tribunal Calificador convoque a los candidatos o a aquellos que hubieran alcanzado una

⁶⁷ Este informe detallaba, como datos elocuentes de esta valoración, los porcentajes sobre la procedencia profesional de los candidatos aprobados a través de este cuarto turno en las cinco convocatorias precedentes: 34,6% eran secretarios judiciales, 28,5% abogados, 24,4% jueces sustitutos y el 4% restante secretarios sustitutos. Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre el proyecto de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por el que se reforma la LOPJ. Localizable en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>, a fecha de enero de 2010.

determinada puntuación a una entrevista, de duración máxima de una hora, en la que se debatirán los méritos aducidos por los candidatos y su *currículum* profesional. Dicha entrevista ha de tener, según precisa la LOPJ, tras la reforma que de la misma desarrolló Ley Orgánica 16/1994, como objeto exclusivo la acreditación de la formación jurídica y capacidad de los candidatos, aducida a través de los méritos alegados, sin que pueda convertirse en un examen general de conocimientos jurídicos. En las bases de la convocatoria se debe fijar, en todo caso, la forma de evaluación de los méritos que se pongan de manifiesto en la entrevista.

En las actuales convocatorias para la provisión de plazas se prevé, no obstante, que la entrevista tenga lugar con posterioridad a la realización del dictamen escrito, que está previsto como segunda fase del proceso selectivo⁶⁸. De forma que sólo aquellos que aprueban el dictamen pueden acceder a la posterior entrevista. Las convocatorias detallan que en la entrevista cada Tribunal valorará los méritos profesionales de las personas candidatas que se pongan de manifiesto a lo largo de su desarrollo, con arreglo a los siguientes criterios:

- La formación jurídica en las respectivas materias propias de su especialidad.
- La actualización y suficiencia de su preparación mediante el conocimiento de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en dicho orden.
- La capacidad de argumentación jurídica y de conocimiento lógico.
- La aptitud que se infiera del debate de los méritos aducidos.

A la vista de esta entrevista se prevé la posibilidad de que el Tribunal pueda aumentar o disminuir motivadamente la puntuación provisional concedida en la fase de valoración de méritos a cada aspirante en un 25% de la misma como máximo.

⁶⁸ En estos términos, por ejemplo, se dispone en el Acuerdo, de 23 de septiembre de 2010 (publicado en el BOE el día 30 de septiembre de 2010), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca el proceso selectivo para provisión de plazas, entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional en las materias propias de los órganos del orden social, del orden contencioso-administrativo o de los órganos con jurisdicción compartida civil y penal, para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado.

La jurisprudencia ha señalado (v.gr., STS de la Sala Cuarta, de 21 de septiembre de 2006) que la valoración de los méritos de los candidatos no puede hacerse atendiendo únicamente al dato objetivo de la documentación que haya sido presentada para alegar esos méritos. Habrá de ponderarse, asimismo, el grado de madurez y dominio que, a través de las preguntas que le sean realizadas en la entrevista, el candidato demuestre sobre las materias o cuestiones a que vayan referidos los méritos alegados. Así, el Tribunal Supremo determinó en su sentencia de 22 de enero de 2008 que el límite legal - relativo a que la entrevista no sea convertida en un examen general- ha de considerarse respetado cuando las preguntas formuladas por el Tribunal Calificador están referidas, bien a conceptos elementales de esa formación necesaria para la función jurisdiccional, bien a materias directamente relacionadas con los méritos que hayan sido aportados.

La jurisprudencia, en suma, ha ido configurando el concurso como un procedimiento en el que se pretende valorar la madurez jurídica del candidato y no tanto el dominio del Derecho positivo, como sucede en la actualidad en la oposición libre. Ahora bien, la delimitación del concepto de “madurez jurídica” desde una perspectiva científica exige, entendemos, unas previas reflexiones sobre los fundamentos jurídicos desde los cuales se pretende configurar el modelo de juez que se postula desde las instituciones encargadas de la formación de los jueces, pues -en caso contrario- cada tribunal valorará las capacidades y habilidades de cada candidato desde parámetros muy diversos, como consecuencia de las distintas concepciones que mantenga cada miembro de los distintos Tribunales Calificadores sobre el propio Derecho, la interpretación y la argumentación.

B) Fase de oposición

La Ley Orgánica 19/2003 también incorporó en el proceso selectivo la necesidad de que el mismo comprendiera la realización de pruebas prácticas, consistentes en la elaboración de un dictamen escrito, para permitir al tribunal valorar la aptitud del candidato. Para acceder a esta fase, y según se deduce del contenido de la convocatoria del año 2010, se exige haber superado la puntuación mínima en la fase de concurso.

Las convocatorias de los procesos selectivos han concretado el contenido del dictamen. Así, en las convocatorias⁶⁹ se concreta que el mismo ha de versar sobre aspectos sustantivos y procesales de las materias a las que se refiere la convocatoria y que podrá contener uno o varios supuestos, inspirados sustancialmente en casos reales tomados de la jurisprudencia. Se otorga un tiempo máximo para su realización de cinco horas, pudiendo señalar el Tribunal una duración inferior. También el Tribunal deberá indicar el material de que pueden disponer los candidatos para la realización del dictamen o qué tipos de bases de datos electrónicas se pondrán a su disposición a estos efectos.

Para la valoración del dictamen las convocatorias han señalado una serie de criterios específicos, a saber:

- La formación jurídica en las materias propias de la referida especialidad.
- La actualización y suficiencia de su preparación mediante el conocimiento de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en dichas materias.
- La capacidad de argumentación jurídica y conocimiento lógico para alcanzar conclusiones válidas, tanto formal como materialmente.

Hemos de reiterar las consideraciones que en el apartado anterior efectuábamos sobre la necesidad de que se formulen parámetros jurídicos más precisos y fundamentados para valorar estos dictámenes prácticos, al efecto de clarificar los criterios desde los cuales han de ser analizadas estas pruebas, lo que será objeto de estudio en los capítulos siguientes.

C) Curso teórico práctico

La Ley 19/2003 incluyó, como fase de los procesos de selección, incluso para los de magistrados que accedían mediante concurso, la superación de un curso de formación en la Escuela Judicial (art. 301.5), lo que evidenciaba la necesidad de mantener un período de formación práctica en dicho centro. Como refiere el informe sobre el

⁶⁹ Nos remitimos, por ejemplo, al contenido del Acuerdo, ya citado, del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de septiembre de 2010, publicado en el BOE en fecha de 30 de septiembre de 2010, para la provisión de plazas para juristas de reconocida competencia en las materias propias de los órganos del orden social, del orden contencioso-administrativo y de los órganos con jurisdicción compartida civil y penal, para el acceso a la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado.

anteproyecto de esta Ley de 2003⁷⁰, este período de enseñanza práctica se constituye en un curso de naturaleza selectiva.

3.5. Concurso entre juristas de reconocido prestigio para el ingreso en la Carrera Judicial con la categoría de magistrado del Tribunal Supremo.

3.5.1. Introducción

La selección de los magistrados del Tribunal Supremo supone una vía de acceso a la Carrera Judicial, en la medida en que uno de cada cinco integrantes del mismo se elige entre juristas de prestigio que ostentan una determinada experiencia profesional. El resto de sus integrantes, las cuatro quintas partes de los mismos, proviene de la propia Carrera Judicial.

El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo goza de ciertas singularidades que le otorgan especial relevancia. En primer término, porque la propuesta para su nombramiento la efectúa el Pleno del CGPJ en el ejercicio de facultades discrecionales. En segundo lugar, porque este cambio de categoría conlleva necesariamente el ejercicio de la función judicial en un Tribunal que constituye una instancia propia, que conforma la cúspide de nuestra organización judicial. En último lugar, es reseñable el valor simbólico que ostenta la designación de los integrantes del Alto Tribunal, en la medida en que la forma de seleccionar a sus componentes es indicativa del modelo de juez que se propone desde las instituciones públicas. Y ello no sólo por el dato de que este órgano constituya la última instancia jurisdiccional, como ya se ha reseñado, sino, esencialmente, porque sus componentes generan la doctrina jurisprudencial que conforma de manera relevante los términos en los que el resto de jueces y magistrados han de interpretar las normas jurídicas.

3.5.2. Regulación del proceso de selección de los magistrados del Tribunal Supremo.

A) Requisitos de los candidatos.

⁷⁰ Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de la Ley Orgánica 19/2003. Localizable en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>, a fecha de enero de 2010.

El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo viene contemplado en los artículos 342 y siguientes de la LOPJ. Estas disposiciones, en primer lugar, condicionan la procedencia de los candidatos. Así, se establecen unas cuotas que obligan a seleccionar a los magistrados en una determinada proporción: de cada cinco plazas vacantes en el Alto Tribunal, una se ha de cubrir mediante abogados y juristas de reconocida competencia que, cumpliendo los requisitos establecidos para ello, reúnan méritos suficientes, a juicio del Consejo General del Poder Judicial, y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente, en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados. Las otras cuatro, de entre magistrados que lleven al menos diez años en la categoría y quince en la carrera⁷¹.

A su vez, de cada cuatro plazas de magistrados pertenecientes a la Carrera, dos se proveerán por magistrados que hubieran superado las pruebas de selección o de especialización en el orden jurisdiccional correspondiente. En este caso se exigen quince años de pertenencia a la Carrera y, al menos, tres⁷² en la categoría de magistrado.

Las dos plazas restantes se han de cubrir mediante magistrados que gocen, simplemente, de los requisitos generales de antigüedad anteriormente contemplados, con carácter general, en el anterior apartado.

B) Procedimiento

La LOPJ contempla que la propuesta del nombramiento de los componentes del Tribunal Supremo compete, según se deduce del artículo 127.1.c de la LOPJ, al Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Se detalla en esta disposición que el Consejo ha de velar para que los nombramientos se efectúen con arreglo a los principios de mérito y capacidad.

La propuesta para el nombramiento por el Rey de los integrantes del Tribunal Supremo corresponde al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, si bien, con carácter previo a su propuesta, se ha de confeccionar un informe sobre cada candidato por

⁷¹ Hasta la LO 16/1994 se exigía que el período de pertenencia a la Carrera Judicial fuera de veinte años.

⁷² Hasta la LO 19/2003 se exigían cinco años de antigüedad en la categoría.

parte de la Comisión de Calificación⁷³, la cual, en el ejercicio de las funciones que le encomienda el artículo 135 de la LOPJ y con la finalidad de elaborar el mismo, puede recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial, recibiendo –en todo caso– un informe de las Salas de Gobierno, referentes a los diferentes órganos jurisdiccionales adscritos a las mismas, que –según detalla la ley– deberá fundarse en criterios objetivos. El artículo 73 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, añade que en sus informes la Comisión tendrá en cuenta, asimismo, los datos que sobre la laboriosidad, capacidades y formación técnica de los jueces y magistrados resulten de la actividad inspectora del Consejo.

El Reglamento aludido detallaba, en su artículo 74, con anterioridad a la aprobación del nuevo Reglamento 1/2010, que ha derogado esta disposición, que en los nombramientos de competencia del Consejo, la Comisión debía elaborar un informe en el que se contuviera una relación de, al menos, tres candidatos para el cargo de que se tratara. En la redacción originaria de este artículo no se establecían criterios objetivos en virtud de los cuales la Comisión debía seleccionar una terna, lo que permitía un alto margen de discrecionalidad no siempre suficientemente motivado o justificado.

Mediante la reforma del Reglamento, efectuada mediante Acuerdo del Pleno del CGPJ, de 25 de junio de 2008, se otorgó un nuevo contenido al artículo 74 de aquél, con una nueva redacción en la que sí se detallaban de forma más pormenorizada los criterios en virtud de los cuales la Comisión seleccionaba a tres de los candidatos, obligando a ésta a analizar comparativamente los méritos de los mismos⁷⁴.

⁷³ Según los artículos 134 a 136 de la LOPJ.

⁷⁴ En el citado artículo se indicaba que el informe de la Comisión de Calificación debía contener los siguientes extremos: 1) exposición descriptiva de los méritos y del perfil de los aspirantes que se consideren adecuados a la plaza anunciada; 2) descripción de los materiales empleados como fuentes de información; 3) Resumen de los trámites realizados por el CGPJ para facilitar el cumplimiento del principio de igualdad; 4) justificación de la composición de la terna, con indicación de las circunstancias apreciadas en sus integrantes que justifican su superior idoneidad para ocupar la plaza anunciada, con expresión de las razones por las que de forma contrastada se les otorga preferencia sobre las actividades de índole semejante concurrentes en los demás aspirantes.

No obstante, el citado artículo fue posteriormente derogado por el Reglamento 1/2010⁷⁵, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en órganos judiciales, que ha sido aprobado mediante Acuerdo del Pleno del CGPJ, de 25 de febrero de 2010, que será posteriormente analizado. Este Reglamento mantiene la necesidad de que la Comisión elabore el previo informe con la terna de candidatos que considere más idóneos para la plaza en cuestión.

Una vez elaborado el informe, el mismo es remitido al Pleno del Consejo, el cual ha de proceder a la definitiva propuesta del candidato elegido. Dicha propuesta está supeditada a los criterios contemplados en el artículo 127 de la LOPJ, que exige una mayoría de tres quintos del Pleno del Consejo para la propuesta de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, así como para los Presidentes de Sala y para el Presidente del propio Tribunal⁷⁶.

A la vista de la descripción del proceso para el nombramiento de los magistrados del Alto Tribunal, la motivación en sus nombramientos ha de ser, por tanto, doble. En primer lugar, por parte de la Comisión de Calificación, la cual ha de proponer una terna. Y, en última instancia, del Pleno del Consejo, el cual ha de aceptar o rechazar la propuesta de la Comisión y, asimismo, ha de elegir a un candidato de la terna.

⁷⁵ Este Reglamento derogó los artículos 46, 74 a 76 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del CGPJ, así como los artículos 189 a 197 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial (que actualmente ya no está en vigor, tras la aprobación del nuevo Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011, de 28 de abril).

⁷⁶ Hasta la reforma de la LOPJ efectuada mediante la LO 2/2004, de 28 de diciembre, la mayoría de tres quintos sólo se establecía expresamente para la propuesta de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y para su Vicepresidente, pero no así respecto del resto de los magistrados del Alto Tribunal, respecto de los cuales sólo se exigía la aprobación por mayoría simple del Pleno.

Esta reforma fue cuestionada en el informe que elaboró el CGPJ sobre el proyecto de la ley. También ha sido valorada de forma dispar por la doctrina, como puede constatarse en las siguientes publicaciones: HERNÁNDEZ GARCÍA, J. “Una reforma necesaria pero insuficiente (a propósito de la Ley Orgánica 2/2004, de modificación del sistema de designación de determinados cargos judiciales). *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 52. 2005. Págs. 3-11. GARCÍA HERRERA, M.A., LÓPEZ BASAGUREN, A. “Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial”. *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado Autonomico. Estudios de Derecho Judicial*. Ibarra Robles, JL. y García Herrera, M.A. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 175-176. MARTÍNEZ ALARCÓN, Mª. L. “El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ”. *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 52. 2005. Págs. 31-40.

En todo caso, la propuesta de nombramiento que realiza el Pleno del Consejo del Poder Judicial no está sujeta a un baremo predeterminado, sino que tiene lugar en el ejercicio de sus potestades discrecionales. El contenido, la naturaleza y los términos en los que han de ejercitarse tales potestades discrecionales han sido objeto de una amplia polémica en España, que ha sobrepasado el ámbito doctrinal para enmarcarse -incluso- en el jurisdiccional, a través de la jurisprudencia que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha desarrollado en sentencias en las que ha revocado diferentes propuestas de nombramientos del Pleno del Consejo y ha delimitado los términos en los que el Consejo ha de desarrollar su potestad discrecional y los criterios con los que ha de motivar sus decisiones⁷⁷.

3.5.3. La normativa relativa al proceso de selección de los magistrados del Tribunal Supremo. Consideraciones críticas.

La actual regulación de los méritos que son exigidos a los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo viene, actualmente, desarrollada en el Reglamento 1/2010⁷⁸, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en órganos

⁷⁷ Este tema no será objeto de especial estudio en el presente trabajo por considerar que excede el objeto del mismo, si bien podemos destacar las sentencias del TS, Sala Cuarta, dictadas en este ámbito: SSTs de fecha de 29 de mayo de 2006, 27 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007 o dos dictadas en fecha de 12 de junio de 2008 (recursos 184/2005 y 188/2005), de 23 de noviembre de 2009 ó de 5 de febrero de 2010. En el ámbito doctrinal pueden consultarse los siguientes trabajos: BACIGALUPO SAGESE, M. "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional? *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 107. 2000. Págs. 407-420. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "Racionalizar y moralizar la política de nombramientos". *Jueces para la democracia. Información y debate* Nº 52. 2005. Págs. 12-15. LÁZARO ALBA, E. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. "A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas". *Revista española de Derecho Administrativo*. Nº 127. 2005. Págs. 519-554. HERNÁNDEZ GARCÍA, J. "La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramiento de altos cargos judiciales". *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 77. 2007. Págs. 39-56. SOLDEVILLA FRAGOSO, S. "Potestades discrecionales del CGPJ: posible inconstitucionalidad del sistema". *Actualidad administrativa*. 2006. Nº 14. DESDENTADO AROCA, E. "Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico". *Revista española de Derecho Administrativo*. 2008. Nº 139. Págs. 555-574. IGARTÚA SALAVERRÍA, J. "Nombramientos de cargos judiciales (desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)". *Jueces para la Democracia: Información y debate*. Nº 63. Noviembre 2008. Págs. 25-33. Del mismo autor, "Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3ª del TS retoma el rumbo". *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 80. Enero-abril 2008. Págs. 211-232. ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Discrecionalidad y juicios comparativos." *Jueces para la democracia: Información y debate*. Nº 61. 2008. Págs. 77-86.

⁷⁸ Este Reglamento ha derogado los artículos 46, 74 a 76 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del CGPJ, así como los artículos 189 a 197 del Reglamento 1/1995, de 7 de

judiciales, que fue aprobado mediante Acuerdo del Pleno del CGPJ, de 25 de febrero de 2010. Dicha norma pretende, como indica su Exposición de Motivos, “...garantizar la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y el respeto al derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, produciendo con ello el efecto positivo de mayor transparencia en la provisión de plazas judiciales de carácter discrecional”. El Reglamento indica los méritos que deben ser ponderados por el Consejo para los diferentes cargos. Así, respecto de los magistrados del Tribunal Supremo se menciona como único criterio específico los méritos reveladores del grado de excelencia en el ejercicio jurisdiccional, si bien para la generalidad de los cargos que han de cubrirse mediante personas ya incorporadas en la Carrera Judicial se mencionan los siguientes (art. 5 del Reglamento): tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el ejercicio en destinos correspondientes al orden jurisdiccional de que se trate, el tiempo de servicio en órganos colegiados, relevancia jurídica y calidad técnica de las resoluciones dictadas, así como el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia.

Para la provisión de plazas reservadas a abogados y juristas se mencionan como méritos (los cuales han de referirse, necesariamente, a la materia u orden jurisdiccional de que se trate): el ejercicio en profesiones jurídicas, la docencia universitaria, el doctorado en Derecho y otros méritos que reflejen la especialización jurídica del candidato. Para las plazas que mantienen carácter jurisdiccional y gubernativo o sólo gubernativo⁷⁹, se han ponderar, asimismo, con carácter general, las aptitudes en la coordinación, dirección y gestión de los medios materiales y humanos vinculados a las mismas.

En el procedimiento se ha incluido la posibilidad de que la Comisión de Calificación pueda recabar información de los candidatos a los órganos técnicos del Consejo y a los distintos órganos del Poder Judicial, en particular, de las Salas de

junio, de la Carrera Judicial (estos últimos, ya derogados por el nuevo Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011).

⁷⁹ Como plaza gubernativa el Reglamento contempla las siguientes: Presidencia de la Audiencia Nacional, y como plazas gubernativas y jurisdiccionales: Presidencia de Sala del Tribunal Supremo, Presidencia de Sala de la Audiencia Nacional, Presidencia del Tribunal Superior de Justicia y de sus Salas y Presidencia de las Audiencias Provinciales. Como plazas jurisdiccionales se mencionan: Magistrados del Tribunal Supremo y Magistrados de Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia propuestos por las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

Gobierno. Tras la presentación de la solicitud se convocará a los solicitantes a una comparecencia, ante los vocales del Consejo que deseen asistir. Finalmente, la Comisión de Calificación elevará una propuesta de una terna al Pleno, en la que se han de detallar los méritos de los candidatos y las fuentes que se han utilizado para conocerlos. Y ello sin perjuicio de que alguno de los vocales del Consejo pueda proponer a otros candidatos no incluidos en esta terna. Con posterioridad, se procederá, de entre los propuestos por la Comisión y de los propuestos por algún vocal, a la selección definitiva por el Pleno con la mayoría exigida en cada caso y mediante acuerdo motivado.

Esta nueva normativa ha pretendido imponer un mayor rigor en los nombramientos dependientes del Consejo, con el objetivo, no sólo de lograr una valoración más objetiva y detallada de los méritos de los candidatos, sino también un mayor nivel de fiscalización por parte del Tribunal Supremo de las facultades de nombramiento discrecional de que dispone el Consejo. No obstante, el nuevo modelo propuesto por esta norma, si bien exige una motivación y obliga a detallar pormenorizadamente los méritos de los candidatos, enumerando los que han de ser -en todo caso- objeto de valoración, mantiene relevantes carencias. Es destacable, así, la parquedad de los méritos que se mencionan, que contrastan con la enumeración mucho más detallada que contempla la LOPJ para la cobertura de plazas convocadas para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado. Llama la atención que se imponga una valoración del currículum de los aspirantes más rigurosa y detallada en las plazas propias de magistrado que las que se convocan para los magistrados del Tribunal Supremo. En esta línea, es ciertamente contradictorio que se enumere como mérito valorable para los juristas que acceden a la Carrera Judicial el Doctorado en Derecho, mientras que no se mencione para los concursos referidos a jueces ya incorporados a la Carrera. Tampoco se mencionan como méritos, con carácter general, la emisión de ponencias, comunicaciones, dirección de cursos, elaboración de artículos científicos, el conocimiento de idiomas, estancias en el extranjero u otros, que de forma indudable, pueden reflejar la especialización y cualificación profesional del candidato en cuestión.

Sería deseable, por tanto, que se estableciera una puntuación objetiva para los diferentes méritos o clases de méritos que se pudieran aducir por los candidatos. Incluso, respecto de la evaluación de la calidad de las resoluciones judiciales, además de no

imponer una valoración máxima respecto de dicho mérito, tampoco se determinan parámetros o indicadores para su ponderación, permitiendo una excesiva flexibilidad y subjetividad en este ámbito. Conveniente sería, por ello, la introducción de parámetros jurídicos desde los cuales valorar los méritos de los candidatos con el objetivo de clarificar los aspectos que se califican en estos, pues es lo cierto que en los procesos de selección de los magistrados del Tribunal Supremo se han de vislumbrar los fundamentos jurídicos del modelo de juez que, desde el Derecho, se postula.

Un baremo más exhaustivo, en el que se precisaran los méritos puntuables y el modo o criterios en base a los cuales se han de evaluar, sería el camino óptimo no sólo para eludir la arbitrariedad en los concursos de méritos para el acceso a los altos cargos de la cúpula judicial, sino para introducir parámetros cuantitativos y cualitativos que permitan valorar, en la medida de lo posible y de forma objetiva, el *currículum* y el perfil jurídico de los diferentes candidatos.

El proceso actual opta, así, por un sistema meritocrático en la cobertura de las plazas, pero de forma tímida y no suficientemente objetiva, que soslaya aspectos esenciales para ponderar la formación y perfil jurídico de los aspirantes, al contemplar un baremo ciertamente abierto y ambiguo que deja un margen de valoración muy difuso y amplio al criterio del Consejo, quedándose a medio camino entre un modelo politizado de cobertura de plazas y uno burocrático, basado en el mérito y la capacidad⁸⁰.

Es deseable, por tanto, una mejora en la regulación existente en la actualidad en el procedimiento de selección de los integrantes del Tribunal Supremo, desarrollo normativo que –a nuestro juicio– ha de ir precedido de una amplia reflexión sobre los parámetros jurídicos que han de sustentar el modelo de juez que en el ámbito estrictamente jurídico se promueve. Así lo exige la relevancia de estos nombramientos. Relevancia, por tanto, que viene justificada no sólo porque, de esta forma, se garantiza que las personas designadas desarrollen con un óptimo nivel de eficacia y responsabilidad sus funciones,

⁸⁰ Terminología empleada por GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid. Taurus. 1999. Estos autores distinguen tres sistemas de nombramientos de cargos judiciales: el modelo politizado, que está influido por los órganos representativos; el modelo sindicalizado, que mantiene una influencia notable de los altos cargos judiciales en los nombramientos; y el modelo burocrático, que está presidido por los principios de mérito y capacidad.

sino también porque, a través de este sistema de nombramientos se postula un modelo de juez y de justicia. Como detallaba Andrés Ibáñez:

“... la política de nombramientos comporta una valoración pública (positiva o negativa) de las capacidades, preparación y actuaciones del solicitante; condición que todos los miembros del escalafón tienen alguna vez. Y se trata de una apreciación mediante la que, objetivamente, se propone y promueve (e implícitamente se descalifica) algún modelo de juez. Es por lo que los criterios de que se haga uso en la materia gozan de indudable eficacia paranormativa en relación con los comportamientos de los jueces.”⁸¹

3.6. Concurso entre juristas de reconocido prestigio para el ingreso en la Carrera Judicial con la categoría de magistrado y con destino en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

El concurso entre juristas de reconocido prestigio para el acceso a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia viene contemplado en el artículo 330.4 de la LOPJ, el cual prevé que en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales referidos, una de cada tres plazas se cubrirá por un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea Legislativa. Esta forma de ingreso se previó desde la redacción inicial de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en 1985.

Tiene como particularidad esta vía de acceso que quienes acceden por ella quedan limitados a prestar servicios en el Tribunal Superior de Justicia, sin que puedan optar ni ser nombrados para destino distinto, salvo su posible promoción al Tribunal Supremo por el turno correspondiente al de juristas de reconocido prestigio (art. 331 LOPJ). No obstante, hay que reseñar que esta restricción deja de ser específica para esta vía de acceso tras la introducción de la limitación que para el cambio de jurisdicción contempla el artículo 311.6 de la Ley para todos los magistrados que acceden a la Carrera Judicial mediante el sistema del concurso convocado por especialidades.

El nuevo Reglamento 1/2010, sobre provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo

⁸¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Racionalizar y moralizar la política de nombramientos”. *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 52. 2005. Pág. 12.

General del Poder Judicial, de fecha 25 de febrero de 2010, detalla, en su artículo 6, los méritos que se valoran a los juristas que pretenden acceder a puestos jurisdiccionales de nombramiento discrecional, entre los que se encuentran los juristas que ocupan las plazas de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Dichos méritos son los siguientes: el ejercicio efectivo de profesiones jurídicas de naturaleza pública o privada; el servicio efectivo como docente universitario en disciplinas jurídicas; el doctorado en Derecho; otros méritos reveladores de la especialización en la respectiva rama jurídica. Se concreta en el artículo 16, en la valoración que ha de efectuar la Comisión de Calificación, que se ponderarán las actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que fundamenten la idoneidad de los candidatos.

Llama la atención, una vez más, la parquedad de los méritos incluidos en el listado, de forma que, si bien con la elaboración del nuevo Reglamento se ha pretendido una motivación más fundada y pormenorizada de los méritos aportados por los distintos candidatos en los que se han de fundar estos nombramientos, ello se ha reducido a una mera intención, no suficientemente concretada en la nueva regulación que el Consejo ha determinado sobre la materia. Es llamativo que, sin razón justificada, tal y como hemos expuesto en relación al acceso al Tribunal Supremo, los méritos exigibles a los candidatos a magistrados que pretenden acceder a la Carrera Judicial a través del procedimiento del concurso-oposición sea mucho más exigente y completo que el establecido para estos magistrados.

El procedimiento de acceso comprende la presentación de la solicitud, con la correspondiente documentación acreditativa de méritos de los aspirantes, y una posterior comparecencia de los aspirantes ante la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial, la cual tiene como objeto la explicación y defensa de los aspirantes de su currículum. Finalmente, la Comisión ha de elevar una propuesta al Pleno del Consejo General con, al menos, tres candidatos, la cual ha de ser motivada con la inclusión de los méritos, capacidad y circunstancias de cada aspirante. Esta valoración ha de considerar: los méritos que se han invocado, los materiales empleados como fuentes para conocer tales méritos, el resumen de los trámites cumplimentados por el Consejo y la justificación de la propuesta, con la inclusión de las circunstancias apreciadas en los seleccionados.

La propuesta de la Comisión se eleva al Pleno. Cualquiera de sus vocales puede proponer a otros candidatos no incluidos en esta terna. Con posterioridad, al igual que en el ámbito de los nombramientos de los magistrados del Tribunal Supremo, se procederá, de entre los propuestos por la Comisión y de los propuestos por algún vocal, a la selección definitiva por el Pleno con la mayoría exigida en cada caso y mediante acuerdo motivado.

En lo concerniente al procedimiento previsto en la LOPJ y desde la perspectiva de la excelencia profesional de los candidatos, no se considera justificado el motivo por el que han de estar propuestos por una Asamblea Legislativa, dado que no se introducen en el proceso de selección entrevistas con el futuro magistrado u otras comprobaciones en el ámbito parlamentario que pudieran verificar la calidad profesional del aspirante, como sucede en los Estados Unidos, en los que para los nombramientos del Tribunal Supremo se impone la propuesta de las Cámaras, pero con la previa superación de unos controles para asegurar la idoneidad de los nombramientos⁸².

Estas circunstancias permiten compartir la valoración que de tales nombramientos hace Quintana⁸³, al referir que es éste un sistema de designación de magistrados donde con verdadera nitidez se ha mostrado la relevancia de la condición ideológica del candidato propuesto por la Asamblea Legislativa correspondiente, viéndose relegado a un segundo plano, con frecuencia, el prestigio profesional del mismo.

Similar opinión declara Requero⁸⁴ sobre este sistema de selección, manifestando que carece de justificación, salvo la que pueda cifrarse en el interés de la clase política regional o autonómica para inventariar un caso más en el listado de los repartibles o para

⁸² Sobre la regulación de tales nombramientos véase: SERRA CRISTÓBAL, R. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Thomson Reuters. Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2011.

⁸³ QUINTANA CARRETERO, J. P. “Los sistemas de turnos y acceso a la carrera judicial de juristas de reconocido prestigio. La Justicia de proximidad: sus opciones.” En Valls Gombau, J. F. (ed.). *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 157-206.

⁸⁴ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial: ¿hay espacio para la esperanza? En Vals Gombáu, J. F. (ed.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

actuar sobre el Tribunal que podría juzgar sus responsabilidades. Llanera⁸⁵ comparte este criterio, no considerando razonable que la designación de estos magistrados haya de ser efectuada en base a la terna propuesta por el Parlamento Autonómico, máxime valorando que dicho Parlamento carece de toda competencia en materia penal.

4. CONCLUSIONES.

Las diferentes formas de selección de jueces establecidas en nuestra historia moderna y contemporánea han sido objeto de una relevante y continua evolución. Así, desde la Edad Moderna y hasta la época de la Ilustración, en la que lo relevante eran las cualidades personales y humanas de los candidatos y su adscripción a las sensibilidades propias de quienes detentaban el poder, al margen de su cualificación jurídica, hasta los procesos selectivos instaurados a finales del siglo XIX y consolidados durante el siglo XX (fundamentalmente, tras la vigencia de la Constitución de 1978), más acordes con el Estado de Derecho, en los que se garantiza la imparcialidad de los procesos y en los que se valora, como parámetro esencial para la superación de las pruebas o concursos, la preparación intelectual y la cualificación jurídica de los candidatos. La Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, fue determinante para que se produjera este paulatino cambio, al establecer el sistema de oposición para el acceso a la Carrera Judicial.

Pero la objetividad no siempre presidió, durante el siglo XIX y gran parte del XX, los nombramientos judiciales, pues era frecuente que cada Gobierno, al acceder al poder, iniciara procesos de depuración en la Carrera Judicial, de forma que durante la etapa de la Restauración, la Segunda República y, asimismo, durante la dictadura Franquista se produjeron de forma permanente actuaciones desde el Poder Ejecutivo para soslayar la independencia del Poder Judicial, tanto en los nombramientos de sus integrantes como en la regulación y aplicación de los procesos selectivos.

⁸⁵ LLANERA CONDE, P. “Los sistemas de turnos y el acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad y sus opciones.” En Vals Gombáu, J. F. (ed.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 123-155.

Actualmente, ya consolidada la democracia en España y reconocida en la Constitución y en la LOPJ un estatuto propio a los integrantes del Poder Judicial, se suscita, no sólo la necesidad de que los procesos de selección sean objetivos y faltos de todo tipo de manipulación o sesgo, ya ideológico, político o de otra índole, sino también la exigencia de que aquellos faciliten a los futuros jueces una adecuada formación jurídica para el desempeño de las relevantes funciones que, actualmente, tiene encomendadas la jurisdicción.

No obstante, este objetivo no ha tenido una adecuada concreción en la regulación de los diversos procesos de selección de jueces que han coexistido en nuestra reciente democracia. Es llamativa la permanente y continua revisión a la que ha sido sometida la oposición libre: las constantes modificaciones efectuadas en su temario y en las modalidades de las pruebas que la conforman e, incluso, en los órganos que han asumido la competencia para desarrollarla. Asimismo, estas variaciones han obedecido, esencialmente, a razones meramente coyunturales o políticas (en sentido amplio), como las demandas de cobertura de plazas, el más ágil y eficiente desarrollo de las pruebas de selección o su más objetiva evaluación, sin reflejar una reflexión científica sobre los pilares sobre los que se ha de erigir la profesión de juez y sobre el sistema que ha de ser el más adecuado para que el candidato a juez reciba una óptima formación para que desarrolle las competencias que le son propias con excelencia profesional⁸⁶.

Similar valoración puede efectuarse respecto del proceso convocado para juristas con más de diez años de experiencia profesional, a la vista de las modificaciones introducidas en el mismo. La jurisprudencia ha configurado el concurso como un procedimiento en el que se pretende valorar la madurez jurídica del opositor y no tanto el dominio del Derecho positivo. La regulación actual de este proceso de selección también alude a la necesidad de que en su desarrollo se pondere la "formación jurídica", la "capacidad de argumentación" y la "suficiencia de preparación" de los candidatos a

⁸⁶ La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 reflejaba esta realidad, al incluir como primera justificación del sistema de selección de juristas mediante concurso la siguiente: "...a través de los mismos se permite hacer frente a las necesidades, cubriendo las vacantes en la Carrera Judicial que, de otra forma, no podrían serlo, pues los clásicos mecanismos de selección del personal judicial no permiten que la sociedad española se dote de jueces y magistrados en número suficiente". Esta observación no pretende incluir una valoración concreta sobre el proceso de concurso como tal. Es sólo un ejemplo de los parámetros en torno a los cuales, en ocasiones, las instituciones competentes en la selección de jueces han tratado el tema de la selección de los mismos.

magistrados, pero sin precisar estos términos objetivamente. Ahora bien, la delimitación de estos conceptos desde una perspectiva científica exige unas previas reflexiones sobre los fundamentos jurídicos desde los cuales se pretende configurar el modelo de juez que se postula desde las instituciones encargadas de la formación de los jueces, pues -en caso contrario- cada Tribunal Calificador valorará las capacidades y habilidades de los candidatos desde parámetros muy diversos, como consecuencia de las distintas concepciones que mantenga cada miembro de los citados Tribunales sobre el propio Derecho, la interpretación y la argumentación. Por ello, es necesario que se formulen parámetros jurídicos más precisos y fundamentados para valorar los dictámenes incluidos en este proceso selectivo, al efecto de clarificar los criterios desde los cuales han de ser configuradas y evaluadas estas pruebas.

Esta situación se refleja, aún más, en la regulación de los nombramientos discrecionales que competen al Consejo General del Poder Judicial, a través de los cuales se designan, entre otros, a los integrantes del Tribunal Supremo. El "reconocido prestigio" o la "excelencia profesional" que se exige a los candidatos en la regulación actual no está objetivada mediante criterios nítidos. Es destacable también la parquedad de los méritos que se exigen para la cobertura de estos cargos, que contrastan con la enumeración mucho más detallada que contempla la LOPJ para la cobertura de plazas convocadas para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado. Llama la atención que se imponga una valoración del currículum de los aspirantes más rigurosa y detallada en las plazas propias de magistrado que las que se convocan para los magistrados del Tribunal Supremo. No se considera justificado el motivo por el que parte de los integrantes de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia han de estar propuestos por las Asambleas Legislativas, dado que dicho Parlamento carece de toda competencia en materia penal. Ello ha motivado que la doctrina haya valorado negativamente estos nombramientos, puesto que, con frecuencia, los mismos han relegado a un segundo plano aspectos vinculados con el prestigio profesional de los candidatos.

Un baremo exhaustivo, en el que se precisen de forma objetiva los méritos puntuables y el modo o criterios en base a los cuales se han de evaluar, es el medio más óptimo para valorar el *currículum* y el perfil jurídico de los diferentes candidatos en aras a que los mismos respondan a las exigencias propias de la función jurisdiccional. Hay que

recordar la especial importancia que ostentan los nombramientos de los magistrados del Tribunal Supremo. Notoriedad que viene justificada no sólo por las relevantes funciones que este órgano jurisdiccional asume y en la necesidad de garantizar que sus componentes desarrollen sus funciones con un óptimo nivel de eficacia y responsabilidad, sino también porque, a través de este concreto proceso de nombramientos, se postula un modelo de juez y de justicia.

En suma, las constantes fluctuaciones que se aprecian en la regulación de los procesos de selección de los jueces y magistrados, así como la ambigüedad, indefinición y parquedad de los criterios que en ocasiones los sustentan evidencian que las instituciones competentes en la selección de los jueces no han formulado unos presupuestos jurídicos sólidos en torno al contenido, límites y finalidad de la función judicial. Es preciso, por todo lo expuesto, generar una amplia reflexión sobre los parámetros jurídicos que han de sustentar el modelo de juez que desde aquellas instituciones se pretende promover.

CAPÍTULO 3

LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE LA SELECCIÓN DE LOS
JUECES Y MAGISTRADOS DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo incluye una síntesis de la doctrina existente en España sobre los procesos de selección y de formación inicial de los jueces y magistrados españoles en lo atinente a las principales formas de acceso a la Judicatura: la oposición libre y el concurso destinado a juristas con más de diez años de ejercicio profesional¹. Se pretenden vislumbrar, a través de este estudio, las distintas perspectivas desde las cuales se ha analizado la selección y la formación judicial en nuestro país y los múltiples interrogantes y cuestiones que plantean tales aportaciones doctrinales.

La regulación del acceso a la Carrera Judicial ha sido objeto de numerosas controversias en España, tanto en el ámbito de la doctrina como en el de las asociaciones judiciales, fundamentalmente en torno a los procedimientos a través de los cuales debe desarrollarse (oposición libre o concurso) y, asimismo, sobre el contenido y diseño de las pruebas y, en su caso, de los baremos configurados para acceder a la Judicatura, ya sea desde la oposición libre, ya desde los concursos entre juristas con previa experiencia profesional. Las constantes modificaciones que la regulación de esta materia ha sufrido en los últimos años, que reflejan una ausencia de criterios consolidados en su diseño, han contribuido, notablemente, a esta pluralidad de críticas y opiniones.

Lo que aquí se pretende resaltar no son tanto las propuestas que se han formulado sobre el modo en que deben diseñarse los procesos selectivos y las pruebas que lo podrían conformar, sino –sustancialmente– los fundamentos desde los cuales se efectúan aquéllas. Para ello, hemos diferenciado distintos grupos de aportaciones:

¹ No nos referiremos aquí a la doctrina relativa al acceso al Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia, que ya ha ido tratada al examinar estos específicos procesos de selección y por referirse a formas de acceso a la Carrera Judicial que, cuantitativamente, gozan de menor relevancia.

- 1) El de aquéllas que destacan, entre otras, las dimensiones morales o éticas del juez;
- 2) Las que se fundamentan en la salvaguarda de la independencia del Poder Judicial;
- 3) Las que se refieren, especialmente, a la necesidad de que la formación del juez sea amplia, no limitada a materias o ámbitos jurídicos.
- 4) Las que enfatizan los conocimientos y facetas jurídicas del juez.
- 5) Aquellas propuestas que, si bien consideran la dimensión jurídica del juez, entienden que la misma ha de ir orientada a una labor de promoción social.
- 6) Las que destacan las diferentes competencias profesionales que desarrolla el juez.

Con posterioridad, nos referiremos a aquellos autores que suscitan la necesidad de que, con carácter previo a la formulación de un procedimiento concreto de selección, se defina el tipo o modelo de juez que se pretende formar. En última instancia, aludiremos de forma sucinta a las características y al perfil del modelo de juez que se propugna desde las instituciones competentes en el ámbito de la formación de los jueces, en los términos en los que se deduce de los planes docentes de la Escuela Judicial.

La clasificación aludida con anterioridad es meramente orientativa, en la medida en que no existen aportaciones puras, pues las mismas no son mutuamente excluyentes. De hecho, algunos autores los hemos encuadrado en diferentes apartados, si bien la mayoría de ellos los hemos incluido en aquel grupo con el que entendemos, globalmente, más se identifica.

2. DIMENSIÓN PERSONAL DEL JUEZ

Con carácter previo a la promulgación de la LOPJ surgieron numerosas voces desde la doctrina y la Judicatura que proponían, desde heterogéneos puntos de vista, criterios que debían ser considerados en la regulación de los procesos selectivos de los jueces. Así se constata en las aportaciones que procedentes de las Jornadas de Estudio del Poder Judicial que tuvieron lugar en 1981. En ellas intervino, entre otros, Arregui Gil², quien propuso la convivencia de la oposición libre y el concurso entre abogados con no

² ARREGUI GIL, J. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 51-57.

menos de cinco años de ejercicio, aunque planteando, como requisito previo para acceder a la oposición libre, la exigencia de dos años de ejercicio en la abogacía y, en ambas vías de acceso, una posterior estancia de un año en el Centro de Estudios Judiciales. Arregui enfatizó la necesidad de que en los procesos selectivos se valorara la complejidad actual del Derecho, con la multiplicación de la normativa legal, los cambios sociales, la estructuración autonómica del Estado o los derechos forales, aunque introdujo otros elementos que, a su juicio, debían también ser considerados en la selección del personal judicial: la dignidad de la función judicial (que ha de estar “valorada por todos ... con nivel superior al del ejercicio de otras profesiones jurídicas...”), así como de dos aspectos que han de tenerse muy en cuenta: la moral profesional y la sociología profesional.

Entrena Klett³ formuló una propuesta concreta para la selección de jueces: que el 75% de las vacantes de juez de Entrada o el 50% de las plazas de Juez de Ascenso (figuras hoy desaparecidas) estuvieran destinadas a la oposición libre y que el resto se cubriera mediante concurso-oposición, proponiendo méritos profesionales llamativos, como la concesión de la medalla de San Raimundo de Peñafort. Su iniciativa gravitaba en cuatro factores que, según mencionaba, debían ser los determinantes del acceso a las distintas carreras englobadas en la Administración de Justicia: ... los conocimientos teóricos, la experiencia, la laboriosidad y el comportamiento profesional.

Martínez Ruiz⁴ fundamentó sus propuestas en un sistema de oposición consistente en pruebas de ingreso y posteriores estancias y prácticas en la Escuela Judicial. Constató la existencia de instituciones anacrónicas en el temario, como la enfiteusis, así como la necesidad de que se afrontaran en el mismo otras materias novedosas, como los derechos fundamentales reconocidos en los convenios internacionales o el Derecho de la Comunidad Europea. Las pruebas, a su juicio, debían “comprobar una formación real, mejor que una mera información repetida de memoria sin que conste que está digerida”. Aparte de estas concretas consideraciones, perfiló unas

³ ENTRENA KLETT, C.Mª. "Ingreso, selección y promoción dentro de la función judicial". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 59-67.

⁴ MARTÍNEZ RUIZ, L.F. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 81-86.

líneas sobre lo que, a su juicio, debía ser el modelo de juez ideal, que merecen la pena reproducir:

“No concibo la figura del juez como la de un jurista experto... Menos aún especializado en una rama del Derecho.... El juez es una persona humana dotada de capacidad para juzgar a sus semejantes en múltiples aspectos de la vida social... La capacidad que otorga la sociedad a una persona a la que inviste del poder de juzgar, debe recaer en quien tenga capacidad intrínseca, personal, para ello. Y esta capacidad no le viene de que conozca bien las leyes –esto es condición necesaria, pero no suficiente- sino, también, de un cabal conocimiento del ser humano.... Por consiguiente, el juez debe saber Derecho y conocer más cosas.”⁵

Para este autor, el juez ideal debe reunir las siguientes características:

- a. Debe ser un buen conocedor del Derecho.
- b. Tiene que *saber juzgar*. Y eso implica que, además de conocer el Derecho como Ciencia, tiene que saber aplicarlo en el contexto social, lo que se descompone en “dominar el arte de la aplicación del Derecho y poseer conocimientos sobre humanidad: individuos y sociedad”.
- c. No debe quedar encasillado como especialista de una rama jurídica.

En última instancia, consideraba que el Estado debía ofrecer perspectivas atractivas a los candidatos (económicas y de salvaguarda de su independencia), pues no es mediante la dificultad de pruebas para la selección como se podrá obtener el mejor elemento humano, sino por la situación que se cree para el juez dentro de su función.

Recién promulgada nuestra LOPJ la doctrina analizó, detalladamente, el contenido de las pruebas de acceso que la misma regulaba, en unos casos situándose a favor de la oposición libre y en otros supuestos para denostarla. Así, Iracheta Iribarren⁶ señaló la evolución que el perfil de juez, según su criterio, estaba sufriendo:

⁵ MARTÍNEZ RUIZ, L.F. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Pág. 83.

⁶ IRACHETA IRIBARREN, M. “La selección de ingreso de los jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Terceras Jornadas de Derecho Judicial. Tomo II*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Madrid. 1987. Págs. 999-1030.

“... de un juez mero instrumento de la ley, que la busca para aplicarla a unos hechos, con menosprecio de su repercusión o trascendencia, se está pasando a un juez buscador de la justicia, que pretende dar a cada uno lo suyo ... para el logro de la paz y convivencia ciudadana... En España se pretende conseguir esta figura a través del Juez Constitucional, que asume los fines propuestos para el juez democrático... : el establecimiento de la justicia, la libertad, la seguridad, la promoción del bien común y la garantía de la convivencia democrática... No debe perder de vista que el fin principal de su actuación al aplicar la ley es el logro de la paz y convivencia ciudadana, para lo que no le resultarán inútiles las cualidades ... tantas veces repetidas: honestidad, habilidad, valor y caballerosidad.”⁷

En todo caso, Iracheta también aludió a los aspectos que debían ser valorados en los procesos de selección, como la Norma Constitucional, que introduce la obligación de interpretar las leyes y reglamentos conforme a los principios constitucionales, y los derechos fundamentales, reconocidos en aquélla.

Efectuó, en base a ello, una valoración muy positiva de las dos vías de acceso que ya se establecieron en la Ley (concurso y oposición), planteando tanto ejercicios orales como escritos en la oposición, aunque siendo contrario a la introducción de exámenes prácticos en la misma, por entender que ello debe ser realizado en el Centro de Estudios Judiciales. Propuso la potenciación de la Escuela Judicial. La justificación de su existencia radica, para esta autora, en que la misma será la que permita a los futuros jueces la adquisición de la práctica necesaria y de las virtudes y valores humanos precisos.

Gil Martín⁸ también consideró importante el mantenimiento del sistema de oposición, al que calificó como “el menos malo”. No obstante, a su entender, al ser eminentemente memorístico, una vez superadas las pruebas, se encuentra el funcionario totalmente desorientado en los primeros tiempos del ejercicio del cargo. Propuso, por ello, la sustitución del examen que entonces era oral por uno escrito, porque evitaba los factores que influían negativamente sobre el primero, como el nerviosismo. No obstante, al igual que Iracheta, mostró su oposición a la introducción de dictámenes jurídicos. Y

⁷ IRACHETA IRIBARREN, M. “La selección de ingreso de los jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Terceras Jornadas de Derecho Judicial. Tomo II*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Madrid. 1987. Págs. 1013 y 1016.

⁸ GIL MARTÍN, M. “La selección de jueces y magistrados y el Secretariado Judicial”. *Terceras Jornadas de Derecho Judicial. Tomo II*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Madrid. 1987. Págs. 1031-1052.

ello porque el opositor tendría que acudir a academias o preparadores especializados, obligándose a desplazarse fuera de su provincia y, asimismo, porque la oposición debía hacer una mera preselección, que debía culminar en una auténtica selección encomendada al Centro de Estudios Judiciales. En lo que respecta al concurso de méritos, advirtió de la necesidad de que se regulara con cautela, pues estaba destinado más a los abogados, en detrimento de los secretarios judiciales, que deberían tener por derecho propio un lugar especial en el baremo de méritos⁹. Además, consideró que en los concursos se debían valorar las cualidades humanas del concursante¹⁰, pues los requisitos que para este autor deben caracterizar al juez son los de su independencia, profesionalidad y honorabilidad, los cuales se entienden propios de los jueces, pero no de las restantes profesiones jurídicas:

“...y si estos son normalmente ínsitos en la persona que se ha dedicado exclusivamente a juez, no sucede lo mismo respecto al que accede una profesión tan distinta y ejercida durante muchos años y que no se refleja al aportar dictámenes...”¹¹

Más recientemente, Martín Pallín se ha erigido en un crítico convencido del modelo de oposición actual, aunque no fundamenta su censura en la insuficiencia de los actuales procesos selectivos para garantizar los conocimientos o habilidades jurídicas de los futuros jueces, sino por considerar que al juez le son exigibles ciertas facetas culturales y, esencialmente, personales que no se valoran en la oposición actual:

“El juez no puede ser un autómatas, sino una persona sensible, valerosa, culta, con experiencia vital y con gran sentido común... El juez memorístico no está capacitado para enfrentarse, en los inicios de su andadura profesional, a conflictos de esta envergadura (el nuevo escenario de integración supranacional y de globalización), para los que se necesita, no sólo sólidos conocimientos jurídicos, sino también una gran dosis de valor, firmeza y serenidad para manejar las complejas redes que lanza.”¹²

⁹ Precisamente, lo contrario de lo que años más tarde considerará el Libro Blanco de la Justicia de 1997.

¹⁰ En contraste, valora positivamente que en la nueva LOPJ se suprimiera la exigencia de acreditación por parte de los aspirantes a la Carrera Judicial de una “buena conducta ciudadana”, que establecía la legislación anterior.

¹¹ GIL MARTÍN, M. “La selección de jueces y magistrados y el Secretariado Judicial”. *Terceras Jornadas de Derecho Judicial. Tomo II*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Madrid. 1987. Pág. 1038.

¹² MARTÍN PALLÍN, J.A. *¿Para qué servimos los jueces?*. Los libros de la catarata. Madrid. 2010. Págs. 20 y 27.

González Pérez¹³ también ha enfatizado las dimensiones personales del juez, aun constatando que resulta imposible verificar tales condiciones del aspirante en el momento del ingreso (aunque sí en el de su ascenso). Por ello, resalta dos aspectos básicos del perfil del juez: una formación judicial especializada y, en segundo lugar, su vocación, indicando:

“Si alguna de las profesiones que podemos ejercer los hombres dedicados a la realización del Derecho requiere una vocación específica es la de juez... Si la oportunidad de una convocatoria, los alicientes económicos o el prestigio social pueden explicar la opción por cualquiera de las demás profesiones jurídicas y el ejercicio de éstas con ejemplaridad, la de juez sólo podrá cumplirla dignamente quien sabe que está allí para ello... Mal juez será el que llega a las pruebas de selección para la Judicatura después de haber fracasado en los intentos de ingresar en otro cuerpo del Estado... Pueden darse, como se dan en la religión, vocaciones tardías, pero serán excepcionales.”¹⁴

Domingo Baltá¹⁵ ha fundamentado su posición, crítica a la oposición libre y favorable a los concursos de juristas, en la necesidad de potenciar la experiencia personal y vital del candidato. A su entender, es insuficiente la selección objetiva y rigurosa de la oposición con unas meras pruebas, aun cuando las mismas integren los temarios con disciplinas que se puedan estimar complemento necesario para el ejercicio de la función judicial, pues la primera experiencia del futuro juez ha de consistir, en su opinión, en haber pasado por los diferentes ángulos y perspectivas forenses para comprender los problemas que acaecen y el enfoque adecuado para solucionarlos, lo que sólo se conoce ejercitando el trabajo realmente, no sólo en un corto período de prácticas. Y ello valorando que los expedientes que más se dilatan, a su juicio, son los que revisten complejidad extrajurídica. Indica, en este sentido:

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, J. “Carrera Judicial: acceso y ascenso”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Págs. 11-40.

¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J. “Carrera Judicial: acceso y ascenso”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Pág. 15-16.

¹⁵ DOMINGO BALTA, J.A. “Carrera Judicial: acceso y formación”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Págs. 41-54.

“... un juez puede intuir que se le está mintiendo, pero no lo sabe con certeza. Si hubiera pasado por la actuación de abogado durante un cierto tiempo, conocería la realidad de esas mentiras, no para justificarlas, pero sí para conocerlas y entender el por qué de su origen. Un juez que haya sido previamente abogado puede afinar mucho más al dictar sentencia, haciéndola más justa, más equitativa, más humana.”¹⁶

Tapia Hermida¹⁷ se refiere a las figuras del “juez teórico” y la del “árbitro teórico”. Estas figuras son, según relata, meramente teóricas, aunque reconoce que acudir a las mismas es una necesidad absoluta:

“Ese teórico juez-árbitro se corresponde con las notas características que al poder de “ius dicere” se atribuyen, la independencia y la imparcialidad, con el propósito exclusivo de aplicar el Derecho y hacer justicia. Adornándolo, si se quiere, ya en un marcado antropomorfismo, con toda clase de virtudes, como la bondad, la probidad, el sentido del Estado, la discreción, la prudencia y la fortaleza. Pero ese teórico juez-árbitro ha de tener otra cualidad que opera como requisito existencial: una racionalidad exquisita en sus juicios... No se trata de un presupuesto político, sino de un requisito existencial del juez-árbitro.”¹⁸

Para Tapia, en suma, el juez tiene que “saber pensar”, tiene que ser un especialista en el difícil arte de la lógica. Con ello se moderará hasta límites soportables la falibilidad del juez.

Gómez de Liaño¹⁹ se sitúa en una posición frontalmente opuesta al sistema actual de oposición. Para él, es preciso considerar no sólo la formación dirigida a conocer leyes, sino también la valoración de las cualidades personales de quienes están llamados a decidir sobre vidas y haciendas de sus semejantes. Propone, por ello, el aumento del

¹⁶ DOMINGO BALTA, J.A. “Carrera Judicial: acceso y formación”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Pág. 46.

¹⁷ TAPIA HERMIDA, A. “La formación del juez”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Págs. 55-84.

¹⁸ TAPIA HERMIDA, A. “La formación del juez”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Pág. 62.

¹⁹ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. “De la metodología de las sentencias a la selección de jueces”. *Realismo jurídico y experiencia profesional*. VV. AA. Atelier libros. Barcelona. 2009. Págs. 639-654. Propone una selección inicial en la que se valorasen los expedientes de los candidatos, conjuntamente con pruebas no memorísticas para realizar posteriores estancias junto a profesionales experimentados, con una valoración final sobre las aptitudes y aprendizaje de los futuros jueces. Estas mismas consideraciones también se contienen en el libro del mismo autor *De los jueces, de los abogados y de los juicios*. Thomson Reuters-Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2010.

período de estancias en la Escuela Judicial y la modificación de la oposición para que se valore el expediente académico, con pruebas jurídicas no memorísticas y otras de carácter práctico que acrediten cualidades de raciocinio. En este sentido, argumenta que el sistema actual favorece a la persona que disponga de memoria y fuerza de voluntad, suficiente para cantar temas que repite una y otra vez, aislado del mundo, para tratar de convencer a un tribunal, pero nada se sabe de su persona, capacidad de entendimiento, actitud ante su cometido e, incluso, equilibrio mental.

Todas estas aportaciones enfatizan, entre otras cualidades, los aspectos relativos al perfil moral o ético del juzgador, no precisando las características propias que, desde una perspectiva jurídica, debería tener el modelo de juez que se pretende fomentar en los procesos selectivos de la Carrera Judicial. Cabe señalar las paradójicas facetas a las que aluden o la, en ocasiones, terminología poco precisa que emplean para aludir a las facetas profesionales que ha de desarrollar el juez. Así, desde la dignidad del juez, que ha de ser superior al resto de las profesiones jurídicas (Arregui Gil), pasando por la laboriosidad (aludida por Entrena Klett), la caballerosidad (Iracheta), la honorabilidad ínsita de los jueces (Gil Martín), la firmeza (Martín Pallín), el “saber pensar” y la probidad (Tapia Hermida) o la intuición de los abogados para descubrir las mentiras, que fundamentarían el desarrollo de los concursos de méritos en detrimento de la oposición, como postula Domingo Baltá (que no concreta si también podría ser más intuitivo el que antes de la jurisdicción hubiera ejercido otras profesiones no jurídicas). Hemos de considerar, asimismo, la predisposición innata a la vocación judicial del opositor, aludida por González Pérez. Todas estas virtudes permitirían que los jueces tuvieran una dignidad superior a la de otras profesiones jurídicas (Arregui Gil), aunque Gil Martín ya parte de la consideración de que ciertas virtudes, como la honorabilidad, son inherentes a los jueces (lamentablemente, no respecto de otras profesiones jurídicas).

Para la mayor parte de estas propuestas, por tanto, el juez debe reunir un bagaje personal y ético que caracterizaría su consideración como buen profesional, de forma que lo determinante no sería sólo o principalmente el conocimiento del Derecho, en sentido amplio, o el dominio de facetas jurídicas, sino su moral y experiencia personal.

Sin menospreciar todas estas consideraciones -atribuibles más al juez como persona que al juez como profesional- común a todas estas propuestas sería, en todo caso,

la ausencia en las mismas de unos criterios jurídicos y científicos para definir el perfil jurídico de juez, pues las cualidades morales o éticas que resaltan de los jueces podrían predicarse respecto de los integrantes de cualquier otra profesión, sea o no jurídica, ya exija el desempeño de habilidades intelectuales o cualesquiera otras. Desconectan la figura del juez tanto de sus funciones como de la propia naturaleza jurídica de las mismas. Por ello, son claramente insuficientes para fundamentar o diseñar un perfil jurídico de juez que permita la configuración de procesos de selección y formación de jueces.

3. DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL JUEZ

Otras aportaciones se han formulado con el propósito de que los procesos selectivos salvaguarden la independencia de la Judicatura, al objeto de que esté libre de todo tipo de injerencias políticas o de otra índole, como requisito imprescindible para la adecuada selección de los integrantes de la Carrera Judicial²⁰.

En esta línea, Arnaldo Cubilla²¹ ha propuesto que el reclutamiento de los jueces sea asumido por comisiones independientes, de manera que se garantice el rigor profesional del tribunal o de la comisión de selección. Para él, la medida ideal para valorar el procedimiento de acceso de los jueces debe ser el de la exclusión de todas las influencias políticas, de forma que se tenga plena seguridad de que sólo el más dotado a la vista de la capacidad profesional y su integridad de carácter tendrá acceso a la Carrera Judicial. Estas ideas son las que, a juicio de Arnaldo, se traducen en la Constitución de 1978, cuando alude al acceso al servicio público en condiciones de igualdad en virtud de los principios de mérito y capacidad. Por ello, ha valorado más positivamente la oposición, calificando a los concursos de juristas como una fórmula complementaria de

²⁰ Documentos internacionales en el ámbito europeo también aluden a la relevancia de la independencia en el ámbito de la selección de los jueces, como la Opinión n. 1 [CCJE (2001) OP N° 1] del *Consultative Council of European Judges*, de 23 de noviembre de 2001, o el documento titulado *European Judicial Systems* (edition 2006, elaborado por la *European Commission for the Efficiency of Justice*), en el que se informa de que en seis Estados del Consejo de Europa los jueces se seleccionan por un órgano de composición puramente judicial, en siete la composición es totalmente ajena a la judicatura y en treinta y cinco el órgano en cuestión es mixto (entre estos últimos se cuentan, por separado, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, y Escocia).

²¹ ARNALDO CUBILLA, E. “El ingreso en la Carrera Judicial”. *Autonomía y Justicia en Cataluña*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 103 y sigs.

ingreso. Propuso, así, la supresión del antiguo “tercer turno” (ya desaparecido), así como la introducción de una prueba práctica en el denominado “cuarto turno”²² (que actualmente ya ha sido incorporada a esta modalidad de acceso).

González Pérez²³ también ha asumido un papel defensor del sistema de oposición memorística en pos de la imparcialidad del proceso selectivo, aludiendo al riesgo que supone abandonar el sistema tradicional, porque precisamente en su automaticidad y formalismo radica la garantía frente a la arbitrariedad. Es el único sistema en el que se cumplen los principios de objetividad, de prudencia y de igualdad de oportunidades. Considera, en suma, que las críticas al sistema se han acentuado en ciertos sectores, las más de las veces por razones bastardas, para eliminar los obstáculos que se oponen a la colocación de los adictos al partido que ha alcanzado el poder²⁴, añadiendo –respecto de los concursos- que no ofrecen absolutamente ninguna garantía los baremos perfeccionados para un concurso concreto, las más de las veces pensados a favor de determinadas personas.

Requero ha asumido una defensa intensa de la regulación de los procesos de selección actuales en base a la consideración de que tutelan la independencia del Poder Judicial. Ya en el año 1989 avisaba de la intención del poder político de controlar política e ideológicamente la Judicatura²⁵ mediante la instauración del tercer y cuarto turno y el control político del Centro de Estudios Judiciales, defendiendo, por ello, la ausencia de injerencias de orden político en los procesos de selección. Estas consideraciones las

²² Nos referimos al concurso de juristas con más de diez años con ejercicio profesional.

²³ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La selección de los jueces*. Thomson civitas. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. Suscita la relevancia de la especialización y de la “vocación” judicial, decantándose por el sistema de oposición en el acceso a la Carrera por la imparcialidad de su evaluación. También, del mismo autor, “Carrera Judicial: acceso y ascenso”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Págs. 11-40.

²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La selección de los jueces*. Thomson civitas. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. Pág. 46.

²⁵ REQUERO IBÁÑEZ, L. “La trascendencia de la política de selección de jueces y magistrados”. Comunicación presentada en el IX Congreso de la Asociación Profesional de la magistratura (1989). Textos del IX Congreso Nacional. Murcia. 1990. Págs. 105 y sigs.

reiteró en el año 2007, en la publicación que editó el Consejo General del Poder Judicial sobre Política de selección de jueces²⁶, donde afirmaba:

“A nadie se le esconde que la polémica y las propuestas de eliminar lo que se entiende un sistema memorístico e irracional, no son propuestas inocentes. En ese rechazo entiendo que concurren dos razones. La primera es el interés ideológico de seleccionar al juez, no con arreglo a criterios basados en la acreditación objetiva ... de conocimientos jurídicos, sino con arreglo a un sistema en el que primasen o se conjugasen de forma decisiva otras actitudes ... y otras predisposiciones ideológicas en el candidato.”²⁷

Guarnieri²⁸ también ha puesto especial énfasis en la salvaguarda de la imparcialidad y la independencia judicial. El modo de reclutamiento de los jueces condiciona, a su juicio, de forma determinante la imparcialidad de la Judicatura. Pero no sólo a un nivel institucional, es decir, referido a la ausencia de interferencias políticas en los procesos de selección, sino también desde la perspectiva profesional -pues los mecanismos de reclutamiento que premian la capacidad profesional refuerzan la independencia- e, incluso, desde la representatividad social de los miembros de la Judicatura, puesto que un juez que procede de los estratos sociales superiores –o de grupos restringidos- de la sociedad, tendrá dificultades para mantener su imagen de imparcialidad respecto a partes con un origen social muy distinto. Éste, según su consideración, es un problema propio de magistraturas como la inglesa, pero también de las magistraturas burocráticas de la Europa continental, que muestran a veces la tendencia a representar en exceso a los magistrados procedentes de familias ligadas de alguna manera con el empleo público.

²⁶ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial: ¿hay espacio para la esperanza?”. En Valls Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 267-333.

²⁷ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La oposición de ingreso en la carrera judicial: ¿hay espacio para la esperanza?”. En Valls Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Pág. 314.

²⁸ GUARNIERI, C. “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”. En Jiménez Asensio, R. (coord.) *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 19-39.

Quintana Carretero²⁹, firme defensor del sistema de oposición actual, fundamenta su posición en la defensa y tutela de la independencia judicial en su doble dimensión tanto en el ámbito institucional como en el propiamente jurisdiccional. Así, afirma que el sistema de selección ha de configurarse en base a dos exigencias fundamentales: la adecuada preparación jurídica de los candidatos y, la segunda, el respeto a la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.

Su modelo de juez lo define en los siguientes términos:

“... un juez con una sólida formación jurídica y fiel a los principios y valores constitucionales. Ése es el juez profesional, responsable, independiente, imparcial, sometido única y exclusivamente al imperio de la ley, profundamente comprometido, por ello, con los valores y principios constitucionales y, por tanto, en la consecución de una sociedad más justa, más libre y más igualitaria. Un modelo de juez en el que éste, consciente de que se encuentra al servicio de los ciudadanos, consolida día a día la legitimidad que le otorga nuestra Carta Magna a través del ejercicio de la función jurisdiccional, afrontando la tarea de interpretar y aplicar las leyes con honestidad profesional e intelectual e, incluso, cuando en tal labor cuenta con cierto margen de apreciación, sometiendo a juicio crítico sus propias convicciones ideológicas.

Ese modelo de juez, que rechaza el uso alternativo del Derecho y no esconde bajo una aparente “profesionalidad” designio alguno moralizador al servicio de sus propias convicciones éticas o religiosas, debe integrarse necesariamente en un Poder del Estado, fiel a su configuración constitucional, al que se encomienda garantizar la aplicación de la ley a la que todos... se hallan sometidos por igual, y salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos. A ello y sólo a ello debe orientar su actividad, pues no le corresponde actuar como contrapoder de los restantes poderes del Estado.”³⁰

El sistema de selección es, según su criterio, el idóneo para la consecución de este modelo de juez. Garantiza la independencia institucional de la propia Magistratura y también su independencia en el propio ejercicio de su función, que ha de ir guiada por la interpretación de la ley sin adscripciones ideológicas ni morales de ninguna índole.

²⁹ QUINTANA CARRETERO, J.P. “Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad: sus opciones”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs.157-206. Propone, en todo caso, unas ciertas modificaciones en los procesos selectivos actuales, como la introducción de un test psicotécnico, alteraciones en el programa, la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas al opositor, así como un reforzamiento del proceso de formación inicial.

³⁰ QUINTANA CARRETERO, J.P. “Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad: sus opciones”. En Vals Gombáu, J.F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. N° 135. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 164 y 165.

Considera, en suma, que la oposición permite a los aspirantes acreditar la posesión de los conocimientos jurídicos imprescindibles, aunque –asimismo– admite que ha de ir seguida de una fase de formación inicial, orientada a proporcionar al seleccionado las herramientas y recursos necesarios en la interpretación y la argumentación jurídicas y la aplicación del Derecho.

Estas aportaciones enfatizan la dimensión institucional del Poder Judicial, concretamente su independencia, situándose, mayoritariamente, a favor del sistema de oposición libre. Lo relevante en los procesos de selección sería el respeto de la independencia de la Administración de Justicia, pero no tanto la naturaleza jurídica o el propio contenido de la función jurisdiccional. Compartiendo los principios que inspiran estas publicaciones, entendemos que, por lo argumentado, también serían insuficientes para diseñar un concreto proceso de formación y selección para jueces, pues, más allá de resaltar la necesidad de que la organización de los procesos selectivos se guíe por los criterios de capacidad, mérito, imparcialidad e igualdad, no aportan elementos adicionales precisos para configurarlos desde una perspectiva epistemológica jurídica.

4. DIMENSIÓN CULTURAL DEL JUEZ

Otras aportaciones doctrinales advierten de la necesidad de que el juez sea una persona que no se limite al conocimiento de lo jurídico, sino que amplíe su bagaje cultural para el adecuado ejercicio de la jurisdicción, aunque sin menospreciar su dimensión jurídica.

Ya Jiménez Villarejo³¹, con anterioridad a la vigencia de la LOPJ, se adscribía a estas posiciones, señalando, como una de las principales carencias de los programas de los sistemas de selección de jueces, la ausencia de referencias a la ciencia sociológica. Es, para él, una necesidad la presencia de la sociología científica en los planes de estudios de los futuros jueces, pues es el medio adecuado para analizar el sustrato del elemento sociológico del sistema jurídico y la influencia del Derecho en la sociedad y para superar

³¹ JIMÉNEZ VILLAREJO, J. “La sociología en la formación de los jueces”. *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 75-79.

un ingrediente específico de cierta ideología judicial, que define el Derecho como un área aparte, incontaminada, como entidad que nace abstraída del entorno social. No se debe, por tanto, hablar al juez de su “sacerdocio”, sino hacerle cobrar conciencia de que puede ser instrumento de muy diversos proyectos de ordenación social.

En esta línea también podemos aludir a Carmona³², que cuestionó, tras la elaboración del proyecto de la LOPJ, el modelo de acceso a la Carrera Judicial que se pretendía instaurar en la nueva Ley. A su juicio, se perdía una oportunidad histórica, pues el modelo de oposición que constaba en el proyecto de la ley era, para él, un método de selección consistente básicamente en recluir a un joven universitario entre cuatro paredes para aprender unos libros de texto de escasísimo valor científico.

El juez, a su juicio, ha de responder a una doble exigencia: ha de estar insertado social, cultural y políticamente en la sociedad y ha de tener capacidad técnica. El modelo de selección, según él, debe asegurar una valoración cualitativa, cultural y humana de los candidatos, que son las cualidades que van a determinar que el aspirante sea un buen juez y, sobre todo, exigirle un aprendizaje abierto al exterior, pluridisciplinario y formativo. Destacable es la vinculación que establece entre distintos conceptos sumamente dispares, como son la discrecionalidad, el “dinamismo” del Derecho o el “autoritarismo” judicial:

“El juez que se vea a sí mismo como la encarnación del modelo weberiano, legitimado sólo y suficientemente por la investidura formal y la formación técnica, estará más inclinado a la autosuficiencia, autoritarismo y al decisionismo no motivado. Por el contrario, el juez que haya adquirido la conciencia de un derecho pluralista, abierto a valores, contrastado internamente, dinámico, en el que raramente existen soluciones dadas y que, por consiguiente, está dotado de un notable margen de decisión discrecional, tendrá mayores razones para la autocritica y encontrará mayor necesidad de encontrar mayores razones para sus decisiones interpretativas.”³³

Lo más significativo de la regulación que sobre el acceso a la Carrera contenía la LOPJ era, en su opinión, la introducción de la vía de ingreso por turno de juristas, que

³² CARMONA RUANO, M. “La selección y formación del juez profesional”. *Documentación jurídica*. Nº 42-44. Vol. I. 1984. Págs. 595-621.

³³ CARMONA RUANO, M. “El papel de las asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados”. *Jueces para la democracia: Información y debate*. Nº 38. 2000. Pág. 13.

suponía un enriquecimiento del sistema, dado que permitía la aportación de personas que se han enfrentado a problemas jurídicos reales.

También González-Cuellar³⁴ resaltó la formación integral del juez, por encima de la meramente jurídica, indicando:

“Es tarea que no admite demora lograr unos jueces y magistrados que sean no sólo juristas capaces de resolver adecuadamente los conflictos jurídicos, sino que tengan una formación integral, al tiempo que conozcan la realidad social en que desempeñan sus funciones”.

Reseñó, además, una serie de retos que actualmente tiene planteada la Carrera Judicial desde una perspectiva estrictamente jurídica: la pluralidad de fuentes normativas tanto nacionales como internacionales, la legislación y la jurisprudencia procedente de la Comunidad Europea o la relevancia de la jurisprudencia y del Derecho autonómico. Señaló, asimismo, ciertas deficiencias que mantenía la formación de los jueces, como el escaso período que entonces los aspirantes mantenían en el denominado Centro de Estudios Judiciales, aunque valoró positivamente el contenido de la que era la nueva LOPJ, dado que la misma ampliaba las vías de selección y daba especial relevancia a ciertas especializaciones.

De Prada Solaesa³⁵ también funda sus críticas al sistema actual en el aislamiento social del futuro juez. En este sentido, indica que el sistema de los exámenes orales, además de ser disuasorio de gran número de personas con “vocación y aptitudes” para ser juez que no estén dispuestas a soportar el coste personal de un sistema irracional de demostrar conocimientos, no garantiza que los seleccionados tengan los mejores conocimientos jurídicos, facilitando sólo que aquellos tengan una peligrosa pérdida de contacto con la realidad. Es preciso que la sociedad opte, a su juicio, entre jueces funcionarios y estrictamente técnicos, que apliquen el Derecho sin ir más allá y al margen de la sociedad o, por el contrario, por jueces que, sin prescindir de los conocimientos jurídicos, tengan claro que los conocimientos son un instrumento al servicio de la función

³⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. “Formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados”. *Revista del Poder Judicial. Número monográfico sobre Seminario sobre sistema judicial español: Poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1989.

³⁵ DE PRADA SOLAESA, J.R. “El nuevo sistema de selección de jueces: una huida hacia el pasado”. *Boletín informativo Jueces para la Democracia*. Nº 14. Septiembre de 1995. Pág. 12.

jurisdiccional, que sean conocedores de la sociedad y que sepan captar en toda su dimensión los problemas que deben resolver.

Blasco Gascó³⁶ parte en su reflexión sobre la selección de los jueces de las funciones que los mismos tienen encomendadas en nuestras sociedades actuales. Por este motivo, precisamente, valora de forma crítica el sistema de oposición, al entender que el mismo no responde a la formación del sujeto, sino a su simple selección. La oposición otorga sólo un *placet* a quien demuestra en un momento dado dominar una técnica de repetición de un conjunto de temas en un determinado tiempo, sin concesión alguna a la inteligencia ni a la duda metodológica.

El modelo de juez sobre el cual ha de girar la formación de los jueces debe ser el siguiente:

“Un juez de derechos y deberes (también propios), no de concesiones más o menos graciosas y de privilegios: es el juez de un Estado de Derecho. Es un juez concreto, que desarrolla su función en un momento histórico determinado, en una sociedad determinada y con una carga cultural, ideológica, de principios y valores sociales básicos, no ahistóricos ni atemporales, sino terriblemente actuales; es, pues, un juez de hoy, efectivo, existente, contemporáneo, conocedor no sólo del ordenamiento jurídico, sino también de la realidad o de las realidades (económicas, sociales, éticas,...) de su tiempo. Es el juez de un Estado Social:... es un juez intérprete... que adopta una decisión humana sobre derechos humanos. Mas dicha decisión no la adopta sólo, sino con base en el ordenamiento jurídico y acompañado de todo un bagaje cultural que acompaña a la sociedad.”³⁷

Señala tres dimensiones que son determinantes en el modelo de juez que postula:

- I. Legalidad o legalismo: es un juez sometido al principio de legalidad y a la supremacía de la ley, de forma que el fundamento de sus resoluciones ha de ser una norma jurídica determinada. Este criterio conllevaría la prohibición de la creación judicial del Derecho. Los jueces y magistrados aplican e interpretan la ley preexistente, pero no la crean. Ante una laguna, los jueces han de resolver con arreglo a la analogía o a los principios del derecho, pero no crear nuevo Derecho.

³⁶ BLASCO GASCÓ, F. de P. “Sobre la necesidad de formación de los jueces”. *Jueces para la Democracia. Información y debate*. Nº 38. 2000. Págs. 17-23.

³⁷ BLASCO GASCÓ, F. de P. “Sobre la necesidad de formación de los jueces”. *Jueces para la Democracia. Información y debate*. Nº 38. 2000. Pág. 19.

Sería, por tanto, inconstitucional una ley que introdujera un sistema de creación judicial del derecho a través del precedente vinculante como fuente del derecho.

- II. Valorismo: el juez ha de valorar, no sólo los elementos de interpretación contemplados en el artículo 3.1 del Código Civil, sino también los principios y valores constitucionales (y sociales). La actividad interpretativa implica opciones valorativas, que no deben estar referidas sólo a la norma y a sus efectos jurídicos, sino -fundamentalmente- al supuesto de hecho que establece la norma y que se presenta ante el juez. En la aplicación del Derecho, primero es el caso, el supuesto de hecho real, y éste exige un estudio valorativo, para la posterior aplicación, ponderadamente equitativa, de la norma jurídica.
- III. Proximidad social: el juez ha de interpretar, no sólo la norma, sino el conflicto ante él planteado, para lo que es preciso el conocimiento de la realidad de su tiempo para saber calibrar la aplicación equitativa de la norma de acuerdo con los principios y valores del texto constitucional. Por ello, los conocimientos técnicos del juez no son suficientes, pues necesita otros instrumentos para desarrollar su función (informática, idiomas, psicología jurídica, mediación, economía,...).

Por tanto, según Blasco Gascó, el juez ha de dominar, no sólo lo jurídico, sino otras materias o disciplinas y la realidad social de su tiempo. Ello permitirá que, en la aplicación de una norma jurídica, pondere adecuadamente las circunstancias concretas del supuesto que se le somete a enjuiciamiento, que han de ser valoradas previamente al desarrollo de la propia interpretación jurídica.

Partidario del mantenimiento de un sistema mixto como el actual, es decir, que combine la oposición libre con el concurso, es Auger Liñán³⁸. Aun admitiendo la inseguridad existente en este ámbito ante la inexistencia de un modelo claro de juez propio del Estado de Derecho, reconoce la modificación que en el papel del juez ha supuesto la Constitución española. Se da la exigencia para el juez, expone, de alcanzar una profesionalidad cada vez más atenta a los problemas que interesan a la vida de los ciudadanos, en relación a la multiplicidad de asuntos que las recientes modificaciones

³⁸ AUGER LIÑÁN, C. “Selección de los jueces, técnica, experiencia y cultura”. En Gimeno Sendra, V. (coord.). *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*. Iustel. Madrid. 2007. Págs. 1035-1048.

legislativas le confían. La Constitución ha ensanchado, a su juicio, el poder del juez y la concepción de su función. Se necesita, por ello, una especial disponibilidad personal en el juez, una cultura diversa y extensa que tenga presente al hombre y que profundice en los contactos humanos que una convivencia inspirada en los intereses comunes puede satisfacer.

Critica, precisamente, en base a estas consideraciones, las seráficas concepciones de juez que se mantenían tradicionalmente, relativas al hombre bueno por encima de las medidas de los demás, porque se refieren a valores individuales de ámbito cuasi familiar (vocación, compañerismo, sentido humano, superación o imparcialidad) que no afectan a la evolución del sistema político. En contraste con ello, considera que la Constitución y la cultura democrática pretenden que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, con avanzada técnica jurídica, expresen de manera correcta el orden jurídico democrático y su constante evolución, dirigiéndose a los principios que vienen señalados por la Constitución.

Su propuesta, en cierta medida, se fundamenta en la necesidad de que el juez tenga conocimientos, no sólo jurídicos, sino más amplios, sobre el conocimiento del mundo y de la experiencia vital, los cuales incrementan la calidad humana de los jueces:

“Un sistema de oposición puro causa decadencia y aislamiento en el seno del orden judicial e induce a la Magistratura a encerrarse en un mundo propio, a transformarse en una casta cerrada...La experiencia, el saber y la concepción del mundo y de la vida que los abogados y juristas aportan y equilibran las experiencias, el saber y los puntos de vista de que se hacen portadores los jueces ... Se asegura, así, no sólo que el juez disponga de capacidad técnica, sino que posea cualidades notablemente superiores, ya que de él se pretende un perfecto saber jurídico, pero, al mismo tiempo, una elevada calidad humana que le permita estar atento a las existencias justas que resultan de los conflictos en el orden democrático.”³⁹

En suma, estos autores promueven la necesidad de que el juez asuma una experiencia vital o unos conocimientos previos a su ejercicio profesional que exceden de los meramente jurídicos. El acervo cultural aludido, desde estas aportaciones doctrinales, es muy heterogéneo y amplio. Así, se alude a la sociología científica, al conocimiento de

³⁹ AUGER LIÑÁN, C. “Selección de los jueces, técnica, experiencia y cultura”. En Gimeno Sendra, V. (coord.). *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*. Iustel. Madrid. 2007. Pág. 1042.

la realidad social, cultural y política, a la formación integral, a la realidad económica y ética, a una cultura extensa que profundice en los contactos humanos o a la previa experiencia y a la concepción del mundo.

Es notorio que la posesión por parte del juez de unos vastos conocimientos culturales debe ser valorada positivamente, no sólo en su ámbito profesional, sino también para el desarrollo de su dimensión personal. Y no sólo para los jueces, sino también para cualesquiera otros profesionales y ciudadanos. Pero, ante estas propuestas, se suscitan numerosas dudas: qué ámbitos concretos de la realidad (social, económica, política o cultural) son los que ha de conocer el juez; y para el desarrollo de qué funciones determinadas sería deseable dicho conocimiento. Tampoco se detalla si este conocimiento ha de ser experiencial (dado que se critica el aislamiento que genera el estudio de la oposición) o si puede obtenerse por medios indirectos (medios de comunicación, literatura, ensayos,...). Por último, y llevando al extremo algunos de estos planteamientos, si se parte de la consideración de que la exigencia de un amplio período de vida dedicado a la formación produce el aislamiento del juez de la realidad, empobreciendo su cualificación para su posterior ejercicio profesional, los posteriores períodos de estudio que los jueces y magistrados dediquen al necesario estudio y a su formación continua no podrían ser valorados positivamente, pues ocasionarían un mayor aislamiento del juez. Por todo ello, entendemos que desde estas posiciones no se avanza en la definición del perfil jurídico de juez, dado que no se concretan ni se identifican las facetas jurídicas que ha de desarrollar el juez ni en qué medida serían precisos los conocimientos vitales o culturales a los que aluden para su adecuado ejercicio.

5. DIMENSIÓN JURÍDICA DEL JUEZ. LA RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIÓN

La mayor parte de las aportaciones que existen en nuestra doctrina centran sus reflexiones en la dimensión jurídica del juez, es decir, en su dominio del Derecho o de las facetas jurídicas que el mismo ha de desempeñar durante su ejercicio profesional, aunque mantienen posiciones divergentes. Por ello, esta sección la dividiremos en dos apartados: uno dedicado a aquellos autores que consideran que el sistema de oposición libre y de concurso, en su diseño actual, es adecuado para garantizar óptimamente el ejercicio de la

función jurisdiccional, y otro segundo, que incluye a aquellos autores que entienden que el actual diseño de la selección judicial ha de ser modificado para adecuarlo de una forma más precisa a las características propias de la función jurisdiccional, tal y como actualmente ha de ser concebida.

5.1. La suficiencia de los actuales procesos de selección.

Dentro de aquellos autores que han valorado positivamente la situación actual de los procesos selectivos se encuentra García Cantero⁴⁰, quien, ya con anterioridad a la promulgación de la LOPJ, se identificó plenamente con la regulación vigente de la oposición libre. Incluso, llegó a plantear la agrupación de diversas oposiciones para el ingreso a distintos cuerpos de la función pública, desde la consideración del carácter inespecífico de la función judicial y por meras razones pragmáticas, en aras a la simplificación de las mismas. Concretamente, propuso la unificación de los procesos selectivos propios de los jueces, fiscales, secretarios judiciales, notarios, registradores de la propiedad y corredores de comercio. El programa contendría un tronco común de materias y las especialidades propias de cada cuerpo. Ello contribuiría a corregir el defecto de la excesiva profesionalización de los tribunales y evitaría que quedaran plazas sin cubrir, pues los candidatos podrían elegir varias opciones profesionales, con un orden de preferencia. Su proyecto unificador de oposiciones lo justificaba al no ver inconveniente en que el Derecho Civil que deba conocer un juez o registrador sea el mismo, en extensión y profundidad, que el que sea conveniente conozca un notario o un corredor de comercio; sin perjuicio de que el juez debe profundizar más en el Derecho Procesal y el notario en el Hipotecario.

Requero⁴¹ también ha sido un firme defensor del modelo actual, dado que, para él, permite superar las deficiencias de los estudios universitarios. A su juicio, el memorismo exigido en las oposiciones no debe ser calificado como algo absurdo o como

⁴⁰ GARCÍA CANTERO, G. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 69-73.

⁴¹ REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "La oposición de ingreso en la carrera judicial: ¿hay espacio para la esperanza?". En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 267-333.

un ejemplo de deshumanización. Se muestra, en esta línea, muy contrario a las reformas que, desde otros sectores, se proponen para modificar el actual sistema de selección, pues implican una caída de los niveles de formación y conocimientos. Gracias a la oposición, a su entender, muchos aprenden el Derecho que la Universidad no les enseñó. Y frente a las posibles deficiencias que la fase de la oposición libre puede padecer está el indispensable complemento de la Escuela Judicial. Estas consideraciones influyen en el rechazo que Requero manifiesta hacia los concursos de juristas, al entender que están desacreditados y que su establecimiento en la LOPJ de 1985 supuso resucitar un problema que ya estaba muerto.

El modelo actual, en suma, está justificado por la escasez de conocimientos jurídicos con los que los alumnos universitarios concluyen sus licenciaturas y porque, para salvar las deficiencias relativas al posible alejamiento de la realidad social o la insuficiencia de “aptitudes aplicativas” del opositor, está constituida la Escuela Judicial.

En cuanto al diseño concreto de las pruebas de la oposición, Requero abogó por la inclusión en las pruebas de selección de un ejercicio oral (por entender que ayuda al opositor), mostrando una frontal oposición a la introducción de cualquier ejercicio práctico, por considerar que no es lógico exigir conocimientos prácticos a quienes nunca han practicado y porque las condiciones de un juez son sumamente dispares a la hora de enfrentarse con un supuesto real (cuenta con más tiempo y con bases de datos)⁴². También es contrario a la inclusión de una entrevista entre el opositor y el tribunal porque está condicionada por las especialidades de los integrantes del Tribunal y porque muchas de las cuestiones formuladas pueden versar sobre nimiedades y suelen ser inútiles y malintencionadas.

Chamorro González también se erige en firme defensor del modelo de oposición actual, al considerar que el estudio y conocimiento de las normas debe ser el requisito fundamental que ha de exigirse a quien pretenda ejercer la función jurisdiccional y que, asimismo, su cualificación técnico jurídica es la mejor garantía de su independencia e

⁴² REQUERO IBÁÑEZ, L. “El sistema de oposición libre para el ingreso a la Carrera Judicial”. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 1. 1990. Págs. 1041-1048. Una opinión similar respecto al tipo de exámenes es mantenida por MORALO GALLEGO, S. “El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre.” En Vals Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 235-263.

imparcialidad, social e ideológica. Así aplicará objetivamente las normas jurídicas, pues la función del juez no es la consecución de objetivos sociales:

“En la resolución de las controversias el juez no debe ni puede hacer pedagogía social, ordenando la vida de los justiciables y, por ende, la del conjunto de la sociedad... No puede concebirse la relación del juez con el Derecho como si se tratase de un instrumento idóneo para desarrollar su compromiso político... Las tesis alternativistas deben situarse en las antípodas de estos planteamientos, por cuanto constituye la esencia de las mismas la nota de que el juez ... desde el principio se identifica con una de las partes a la que hace blanco de su predilección, poniendo una sesgada interpretación de la norma al servicio de su éxito, con base a una arraigada concepción política que trasciende a la esencia de la importancia y decisiva función que está llamado a ejercer.”⁴³

El actual sistema de selección es apoyado, asimismo, por Llarena Conde⁴⁴, sobre la consideración de que desde el mismo se construye el modelo de juez que postula: un juez profesional con un profundo conocimiento técnico y una perfecta capacidad y habilidad para su aplicación racional y prudente, seleccionado por sus méritos personales y sin ningún tipo de influencias políticas.

Su posición se fundamenta en la ineficacia de la educación universitaria en orden a evidenciar un conocimiento adecuado del Derecho; en que los opositores no son personas ajenas a la realidad social, sino que es, precisamente, la educación y una formación responsable la que permite que una persona tome conciencia de la realidad que le rodea; o en la consideración de que el período de estudio que exige actualmente la oposición es el adecuado para que los jueces ejerzan su función con madurez.

Otras razones se nutren de reflexiones más jurídicas. Así, refiere que el conocimiento sólo se alcanza con un previo aprendizaje. Además, todo opositor alcanza con su estudio un grado de interrelación y reflexión que le permitirá después la aplicación de la norma general al caso concreto. La Escuela Judicial complementará, por otra parte, el examen teórico, siendo un medio inigualable para alcanzar una habilidad aplicativa de

⁴³ CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. “El modelo de juez”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Pág. 28 (el artículo comprende las págs. 23-32).

⁴⁴ LLARENA CONDE, P. “Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad y sus opciones.” En Valls Gombau, J.F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 125-155.

los conocimientos obtenidos en la oposición. En todo caso, los detractores de la oposición, según su opinión, no han aportado métodos alternativos de examen que permitan fiscalizar que los aspirantes tengan un real conocimiento del ordenamiento jurídico y habilidades para aplicar el Derecho en el caso concreto.

No obstante, apoyaría la posible reforma de la metodología de los exámenes, dado que los mismos no imponen ejercicios de análisis jurídico o de habilidad aplicativa del Derecho y por el especial valor que se otorga en la realización de los exámenes al conocimiento literal de los preceptos legales, lo que justifica por el hecho de que los integrantes de los tribunales no son especialistas de las distintas materias sobre las que versa el examen y no pueden dominarlas con profundidad.

Sin embargo, valora positivamente la existencia de concursos entre juristas con previa experiencia, pues enriquecen a la Judicatura con profesionales que cuentan con conocimientos y habilidad científica, aunque entiende que debe ser un medio selectivo cuantitativamente secundario, pues las deficiencias atribuidas a la oposición libre (la divergencia entre el conocimiento teórico y la habilidad profesional) también son extensibles a estos profesionales pues, aunque tengan previa experiencia en su ámbito laboral, carecen de la habilidad profesional que exige el enjuiciamiento. Por ello, mantiene que los candidatos que accedan por estas vías (concursos) realicen también un preceptivo curso en la Escuela Judicial. Atribuye, además, a los jueces que acceden por estas vías colaterales una calidad ética inferior a los que lo hacen mediante la oposición, en base a unos meros juicios de valor:

“Puede asegurarse que los candidatos procedentes de la oposición pueden aportar a la sociedad para la que trabajan un menor número de prejuicios que aquellos otros aspirantes que han tenido una larga vida profesional en la que asumieron –en contra de determinados colectivos- la defensa de unos determinados postulados o la representación de determinados grupos sociales. Resulta, así, evidente que los jueces procedentes de la oposición son más permeables a valorar las distintas inquietudes que refleja la sociedad compleja y plural, que aquellos que acceden a la Judicatura tras una larga actividad laboral parcial y comprometida, quienes presentan un importante déficit de imparcialidad en consideración a haber ejercido una larga

actividad profesional en defensa de determinados sectores económicos o como abogados sindicales.”⁴⁵

Más allá de los prejuicios que indica Llarena a favor de los jueces que opositaron (que son capaces de eliminar *ipso iure*, durante su ejercicio profesional, sus prejuicios personales) y en contra de los otros profesionales (que no pueden llegar a valorar imparcial y ecuanímente una realidad determinada) y de los juicios de valor que formula sobre la falta de cualificación de los integrantes de los tribunales calificadores y la mala intencionalidad que, a juicio de Requero, estos muestran al formular preguntas, sería destacable en estas aportaciones la falta de precisión conceptual con las que aluden a las facetas jurídicas de los jueces o de la función jurisdiccional, que se denominan de forma heterogénea y vaga: “habilidad profesional”, “aptitudes aplicativas”, “cualificación técnica”, ...

Algunas de estas aportaciones no valorarían la especificidad de la función judicial, como García Cantero, que propone la unificación de las pruebas de acceso de diferentes cuerpos funcionariales. Otras tenderían a aproximar los “conocimientos jurídicos” con la totalidad del Derecho, olvidando otros ámbitos, como la jurisprudencia (Requero), o se identificarían con posiciones próximas al positivismo más formalista (Chamorro), al identificar el término norma con la norma propia del Derecho positivo. No facilitan muchos de estos autores, en suma, una fundamentación jurídica amplia y precisa de sus postulados que les hagan valedores de sus posiciones.

5.2. La modificación de los actuales procesos de selección.

Otros autores, si bien entienden que la formación del juez ha de ser eminentemente jurídica y admiten el modelo actual existente, proponen una modificación del tipo de pruebas o de baremos que se han de exigir, a la vista de la complejidad que mantiene actualmente el Derecho y la función jurisdiccional.

Montero Aroca⁴⁶ se decantó por el sistema de oposición, pues garantiza la selección del más capacitado mediante pruebas objetivas. Es, por tanto, el sistema más

⁴⁵ LLARENA CONDE, P. “Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad y sus opciones.” En Valls Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2008. Pág. 128.

justo. No obstante, criticó, no la oposición en sí, sino sus insuficiencias, pues las pruebas establecidas no permiten revelar a los que mejor conocen el Derecho, sino a los que son capaces de retener y recitar unos temas en estilo magnetofónico. Para él, las pruebas, en una primera parte, deben tender a descubrir aquellos licenciados que, conociendo el Derecho, son capaces de hacerlo operativo, esto es, de aplicarlo. Deben basarse en la capacidad del opositor para razonar jurídicamente, para manejar las fuentes de conocimiento, para resolver casos concretos⁴⁷. Ello debe ser completado, a su juicio, con un período en el Centro de Estudios Judiciales. Reseñable es la finalidad que Montero atribuye a este Centro:

“No puede consistir en enseñar Derecho a los alumnos; esos conocimientos deben darse por supuestos. Su misión radicaré en ofrecer lo que queda fuera del título académico de licenciado y es necesario para ejercer la profesión. Junto a esto, creo que el Centro debe renunciar a enseñar experiencia forense a los alumnos: ... la experiencia no se enseña... la pretensión de enseñarles experiencia se reduce en la práctica –por la fuerza de la naturaleza de las cosas- a que un experto les cuente una serie de casos de su anecdotario personal. Si el juez ... sale del Centro, por un lado, conociendo el Derecho, por otro, con profundos conocimientos de lo que podemos denominar ciencias auxiliares y, por último, no siéndole extraño el medio en el que van a desarrollar su función, estará capacitado para hacerse cargo de la práctica.”⁴⁸

Ruiz Pérez⁴⁹ (que fue director de la Escuela Judicial) cuestionó el sistema de oposición memorística, porque la facilidad de dicción, la retentiva y -en no pequeña medida- el azar, juegan un papel muy importante, a veces decisivo, en el resultado. No obstante, se decanta por un sistema de oposición, pues garantiza la neutralidad en las designaciones, proponiendo las siguientes fases: una entrevista previa con los candidatos

⁴⁶ MONTERO AROCA, J. “Selección de licenciados y formación de jueces”. *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 87-92.

⁴⁷ Propone Montero Aroca, concretamente, como modelos de pruebas: la exposición oral durante una hora de un tema general, habiéndolo preparado con todos los materiales y bibliografía que se estimen necesarios; redacción de un tema monográfico, con libros; la explicación oral o por escrito de la evolución jurisprudencial sobre un aspecto no excesivamente concreto; o la resolución de un caso práctico en forma de resolución judicial.

⁴⁸ MONTERO AROCA, J. “Selección de licenciados y formación de jueces”. Págs. 87-92. *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Pág. 92.

⁴⁹ RUIZ PÉREZ, J.S. “La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales”. *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 25-48.

de forma asimilada a los test psicológicos holandeses, un examen oral, escrito y otro práctico (con consulta de textos legales) de contenido eminentemente jurídico. La estancia en el Centro de Estudios Judiciales compondría la última fase. El concurso lo reservaría al 5% ó 10% de las plazas de acceso. Parte en su propuesta de la relevancia que en la vida jurídica mantiene la función judicial, por su papel creador del Derecho y por la actual superación del mero legalismo que en los sistemas jurídicos actuales se ha producido, debido a la vigencia de los principios y valores constitucionales.

Caminal i Badia⁵⁰, abogado que fue vocal del Consejo General del Poder Judicial, estudió los aspectos jurídicos concernientes a los reclutamientos colaterales, es decir, a los relativos a juristas con previa experiencia profesional, cuestionando numerosos aspectos que se deducían de la regulación existente sobre los mismos, si bien posicionándose claramente a favor del mantenimiento de estos. Su valoración positiva se deduciría de la consideración de que a través de los concursos se permite una ósmosis en la Carrera que concentra la pluralidad del mundo jurídico, favoreciendo una mejor concentración conceptual y una cierta unificación del pensamiento jurídico en el momento de interpretar la ley y el ordenamiento (a juicio de este autor, el acceso de los juristas supondría una mayor unificación de la doctrina jurisprudencial en nuestro país). La experiencia positiva desarrollada en otros países, como Inglaterra, favorecería también la implantación de este sistema de acceso.

Cuestionó el contenido de los baremos, criticando en los mismos la sobrevaloración de la carrera universitaria, la penalización que, a su juicio, sufren las profesiones del foro, como la Abogacía o la Fiscalía, y la inseguridad jurídica que se genera ante la ausencia de criterios nítidos en la evaluación de la entrevista.

Asimismo, se distanció de las posiciones que ensalzan las virtudes personales del juez o cuestionan, al menos, que las mismas se valoren en los concursos de juristas.

⁵⁰ DE PAULA CAMINAL I BADIA, F. “El ingreso en la Carrera Judicial. El acceso a la función jurisdiccional: el caso de los turnos”. *Autonomía y Justicia en Cataluña*. VV.AA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 111-225. Apoya de forma específica los accesos mediante concurso entre juristas, analizando y criticando su actual regulación. Introduce un apartado relativo a las opiniones que sobre la cuestión mantienen las asociaciones judiciales y los abogados y un análisis empírico-estadístico sobre el denominado “tercer y cuarto turno”. Contiene ciertas valoraciones de contenido ideológico en su artículo, al referir en sus conclusiones que “... Hay un componente ideológico en contra de este sistema de acceso ...”.

Así, criticó duramente que se estableciera (en la regulación anterior del artículo 313 LOPJ) la obligatoriedad de que en la certificación del colegio de abogados se especificaran las incidencias de carácter disciplinario que hubieran afectado al candidato durante su ejercicio profesional, ya que una sanción disciplinaria profesional no puede menospreciar al examinando. También cuestionó que el artículo 313 LOPJ contemple la posibilidad de que el tribunal valore el conocimiento de las incidencias de un candidato que hubieran podido afectar a su vida profesional y que pudieran tener importancia para valorar su aptitud para el ejercicio de la función judicial, así como la facultad que se otorga al Consejo General para rechazar a candidatos en los que incurra algún demérito incompatible.

En lo atinente a los conocimientos jurídicos, consideró que el “saber jurídico” que se ha de exigir al candidato en la entrevista no pueda venir constituido por la “especulación científico-doctrinal, la literatura procesal, la explicación de la pedagogía o el debate jurídico en sus versiones científicas y doctrinales”, siendo preferible que se seleccione a candidatos que sepan “motivar la acción de pedir o contradecir”. Por ello, la entrevista ha de tener como eje fundamental la actividad profesional del candidato, en sus vertientes de formación y en la de capacitación de la función, pero no otros aspectos que actualmente se incluyen en aquélla, como la capacidad para razonar y para llegar a conclusiones lógicas, criterio, éste, que, según Caminal i Badia, parece dudar de la salud mental de los postulantes.

También Azón Vilas se muestra favorable al mantenimiento e, incluso, incremento de las plazas reservadas para juristas, si bien considera que deben replantearse aspectos del modelo actual, al efecto de que el juez que genere el sistema de acceso no sea un aplicador ciego de la ley, sino un juez constitucional que resuelva los conflictos de quienes acuden a la Justicia aplicando la ley y los principios constitucionales y manteniendo una cierta actuación creadora de derecho⁵¹.

⁵¹ AZÓN VILAS, F. “Algunos apuntes sobre los sistemas colaterales de acceso a la Carrera Judicial en España. Propuestas sobre la selección de jueces”. En Valls Gombau (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2008. Págs. 85-106. Propone instaurar el tercer turno e incluir en la oposición libre un examen de cultura general, una prueba jurídica de síntesis, una prueba escrita de conocimiento jurídico y un dictamen jurídico.

Pastor Prieto⁵² realizó un estudio comparado entre la labor profesional de los jueces que accedían desde la oposición libre y los que lo hacían desde otras vías colaterales, concluyendo con una valoración positiva en cuanto a la calidad profesional de los magistrados que acceden a la Carrera desde los concursos de juristas, sugiriendo ciertos cambios en la oposición libre, proponiendo las siguientes fases: un postgrado, un período de formación libre, una prueba psicológica, una oposición en la que la parte práctica sea tan importante como la teórica, y una fase de formación en la Escuela Judicial. Respecto del cuarto turno, insta a que se reserve a profesionales con más de 15 años de ejercicio, a los que se exigiría un período de prácticas.

Nieto ha mostrado fuertemente una oposición al actual sistema de acceso. Para él, la oposición conserva los rasgos del sistema tradicional es decir, el memorismo más cerril⁵³. Asimismo, valora como perversa la formación de los jueces por el hecho de que se centre en un respeto escrupuloso, farisaico, de los trámites procesales, que parecen ser la quintaesencia de la actividad judicial⁵⁴.

De Otto⁵⁵, ya promulgada la LOPJ, también constató el hecho de que las oposiciones tan sólo valoran los conocimientos teóricos, sin prestar atención a las cuestiones jurídicas y a la previa experiencia. Insiste en la necesidad de potenciar la preparación técnica de los jueces por encima de prejuicios ideológicos que ensalzan su dimensión personal o virtuosa, afirmando que:

⁵² Dicho estudio se fundamenta en un análisis estadístico sobre la productividad de los jueces y magistrados y sobre las sentencias que de los mismos son apeladas y revocadas, distinguiendo entre las dictadas por los que acceden desde la oposición libre y los que lo hacen desde el concurso por turno de juristas (cuarto turno). También alude al perfil propio de los juristas que acceden desde este turno a la Carrera. PASTOR PRIETO, S. "Elementos para un análisis de la calidad de la justicia". En García García, M^a.A. (coord.). *Poder Judicial y servicio público. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 43-83.

⁵³ NIETO, A. *El desgobierno judicial*. Editorial Trotra. Madrid. 2004. Pág.70.

⁵⁴ NIETO, A. *Balada de la justicia y la ley*. Editorial Trotta. Madrid. 2002. Pág. 248.

⁵⁵ DE OTTO, I.. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid. Tecnos. 1986. Págs. 109 y sigs. Esta publicación trata el tema de la selección judicial junto a otras cuestiones relevantes para precisar la naturaleza de la función judicial, como la interpretación y la argumentación (la sujeción del juez al ordenamiento, las fuentes del Derecho, la sujeción del juez a la ley, la libertad del juez en el ámbito de la interpretación,...). Sin embargo, el autor no interrelacionó todas estas materias.

“La jurisdicción no es nada similar a un sacerdocio civil, figura retórica, ésta, muy querida de la ideología judicial, y que contiene con frecuencia una minusvaloración de los aspectos técnicos de la función y de la ciudadanía.”⁵⁶

Por ello, consideró acertado que las oposiciones lo fueran para acceder al Centro de Estudios Judiciales, y no directamente a la Carrera Judicial. La introducción de los turnos de juristas los valoró positivamente, al entender que las críticas a este modelo eran meramente corporativistas.

También Martínez Alarcón⁵⁷ ha desplazado la reflexión de la formación de los jueces de su estatuto y, más concretamente, de la salvaguarda de su independencia, al entender que el origen de la Magistratura no constituye el elemento decisivo en el respeto de la independencia judicial. Lo determinante, desde el punto de vista de la garantía institucional-funcional de la independencia, a su juicio, no es el nombramiento del juez en sí mismo considerado, sino las condiciones a las que quede sujeto en el ejercicio de su jurisdicción. Más bien, considera que lo que refuerza la independencia en el acceso a la Carrera sería la existencia de mecanismos que respondan a la cualificación profesional de los aspirantes. El criterio del conocimiento es el único posible en el sistema actual, en el que se valora la decisión judicial racional y legal. No obstante, también aboga porque los nuevos jueces tengan un perfil socio-psicológico adecuado (perfil que no delimita y que se extralimita del perfil estrictamente técnico).

En virtud de tales consideraciones infiere que el mecanismo del concurso público a través de la oposición libre, tal y como está configurada actualmente en España, no es el más idóneo para garantizar la mejor cualificación de los que acceden a la Carrera Judicial, reivindicando una reflexión para perfeccionar el sistema actual, aunque sin eliminarlo, con el objeto de que responda a las necesidades que debe satisfacer el juez del siglo XXI, pues actualmente el juez ha de conocer la evolución jurisprudencial y precisa una

⁵⁶ DE OTTO, I.. “La función jurisdiccional”. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1989. Pág. 64.

⁵⁷ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. “La selección en la Carrera Judicial en España”. *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla- La Mancha*. Nº 7. 2003. Págs. 141-168. Propone, en el ámbito de la oposición libre, la introducción de un ciclo de postgrado como requisito previo para participar en la oposición, una adecuación de los conocimientos técnicos que resultan precisos para el ejercicio de la función jurisdiccional, la introducción en el test de aspectos psicotécnicos, que en los ejercicios se valore la capacidad argumental y de análisis del aspirante y que el curso de la Escuela Judicial se revise de forma sustancial.

formación consistente en cuestiones de derechos fundamentales y, en general, de constitucionalidad, de Derecho comunitario y de Derecho autonómico. El actual sistema, entiende, aparta al futuro juez del entorno social en el que deberá ejercer su función. El temario ha de actualizarse a las funciones jurisdiccionales que ha de desarrollar el juez. Las pruebas, a su juicio, han de acreditar la madurez, capacidad argumental y de análisis del aspirante. Finalmente, el curso de la Escuela Judicial debe modificarse para fomentar más el aprendizaje de las técnicas de argumentación e interpretación. En cambio, otorga una estimación positiva de los concursos de juristas, dado que, a su juicio, los mismos impiden mantener una Judicatura cerrada, permitiendo importar a la Carrera la organización y valores de otros ámbitos profesionales. Aunque, como elemento destacable de su aportación, resalta la ausencia de formulaciones científicas sobre la formación de los jueces:

“... (el modelo de acceso a la Carrera Judicial) es (una materia) que es preciso repensar, habida cuenta del papel que juegan los mecanismos de selección y formación de los jueces en el proceso de legitimación de la función judicial y que, sin embargo, y salvo notables excepciones, en la actualidad se encuentra falta de formulaciones doctrinales al respecto.”⁵⁸

Destacable también es la propuesta publicada por la Fundación Carretero elaborada desde la asociación profesional Jueces para la Democracia⁵⁹. En ella se proponen, como pruebas de acceso, un test psicológico, un ejercicio escrito –de carácter práctico–, unos ejercicios orales, en los que se interrelacionen distintas materias, y, por último, un ejercicio de lengua extranjera. Incluye, asimismo, una viva defensa de las vías de acceso a la Carrera Judicial desde los concursos de méritos entre juristas, como un modo de incorporar nuevos perfiles profesionales a la Judicatura⁶⁰. Esta propuesta, desde

⁵⁸ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. “La selección en la Carrera Judicial en España”. *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla- La Mancha*. Nº 7. 2003. Pág. 142.

⁵⁹ FUNDACIÓN ANTONIO CARRETERO. *Nuevo modelo de acceso a la Carrera Judicial, de formación inicial y continuada*. Madrid. 2008. Documento elaborado por: Javier Hernández García, Ricardo Bodas Martín, Inmaculada Montalbán Huertas, Carlos Gómez Martínez, Félix Azón Vilas, José María Fernández Seijó e Iñiqui González Vega. Sus páginas 13 a 49 aluden a los procesos de selección y de formación inicial.

⁶⁰ Una vez más se detectan las connotaciones ideológicas que genera en España el tema del acceso a la Carrera Judicial. Así, se expresa: “El discurso de la derecha judicial con relación al cuarto turno ha cambiado: de la oposición abierta se ha pasado al discreto pero sistemático incumplimiento de la ley...”. Página 47 del documento.

diversos fundamentos, formula una fuerte crítica al modelo actual de oposición libre⁶¹, aunque sus criterios son, ciertamente, dispares. Podemos sintetizarlos en los siguientes: la opinión negativa de la ciudadanía y de los propios jueces sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia; el aislamiento del opositor durante largo período de tiempo (aludiendo a la falta de capacidad de escucha y a la prepotencia de los nuevos jueces); la relevancia actual de la Constitución; la exigencia de engarzar la oposición con los estudios universitarios; la necesidad de que se valore la capacidad argumentativa de los candidatos; la identificación de las habilidades profesionales de los jueces –que no detalla- o la formación en valores constitucionales. Plantea la necesidad de que la concepción del Derecho que se postule en la formación y selección de los jueces mantenga una necesaria vinculación con la realidad social, formulando un juicio de valor sobre el origen de ciertas actitudes de los jueces:

“Resulta significativo que un 42% de los ciudadanos piensen que los jueces conocen poco o nada sus asuntos. Quizás sea esto una consecuencia de la tendencia tradicional, fomentada por el actual sistema de oposición memorística, a concebir el derecho como objeto de conocimiento, sin ponerlo en relación con los hechos, los grandes olvidados de nuestra formación y, consecuentemente, de nuestra práctica profesional.”⁶²

En última instancia, contiene una concreta propuesta del proceso de selección. Es llamativa la escasa atención que se presta en el documento a los fundamentos de epistemología jurídica en torno a los cuales se pretende sustentar el nuevo proceso de selección que diseña, dedicando más atención a la descripción concreta de las pruebas y fases del proceso que propone que a la anterior cuestión. Es más, se plantea la necesidad de que se elabore un “perfil psicológico oficial” de juez (para diseñar adecuadamente un test psicológico), pero no incluye un cuestionamiento similar respecto del perfil jurídico de juez, como requisito previo para plantear un nuevo sistema de selección.

⁶¹ Se vislumbran, una vez más, las connotaciones ideológicas o partidistas en esta materia. En la página 17 del documento se expresa: “El discurso tradicional de la derecha judicial afirma que la oposición, tal como viene desarrollándose en la actualidad, es el único sistema de acceso que garantiza la objetividad”.

⁶² FUNDACIÓN ANTONIO CARRETERO. *Nuevo modelo de acceso a la Carrera Judicial, de formación inicial y continuada*. Madrid. 2008. Documento elaborado por: Javier Hernández García, Ricardo Bodas Martín, Inmaculada Montalbán Huertas, Carlos Gómez Martínez, Félix Azón Vilas, José María Fernández Seijó e Iñaki González Vega. Pág. 20.

Ya en documentos precedentes Jueces para la Democracia apuntó las notas que debe tener el modelo de juez al que han de responder las pruebas de acceso a la Carrera Judicial. Dicho modelo, que denominan “modelo constitucional de juez” lo conciben como el único admisible:

“Jueces para la Democracia creía que la consolidación de la Escuela Judicial en Barcelona suponía un cambio cualitativo, sin retorno, hacia un modelo de juez conocedor de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional, aplicador del derecho en el contexto social y cultural en el que surgen los conflictos; no se trata de abordar un problema político, sino de consolidar el único modelo razonable en una sociedad democrática, plural y compleja.”⁶³

Este modelo de juez constitucional se caracterizaría, asimismo, con las siguientes facetas: un juez que conoce la realidad en cuyo contexto deben aplicarse las leyes; que asume una función de servicio público, conforme dispone el artículo 9.2 de la CE; que se constituye en garante de los derechos y libertades; y que está sometido a la legalidad, entendida en su dimensión constitucional.

Valls Gombau, ex director de la Escuela Judicial, se constituye en un firme defensor del modelo de oposición:

“De entre las diversas formas de acceso a las Carreras Judicial y Fiscal... es la oposición o el concurso-oposición el sistema que compagina, en mayor medida, los criterios de igualdad, mérito y capacidad con la necesaria acreditación de unos conocimientos necesarios para su complementación en las fases posteriores.... Si, *prima facie*, este sistema no quiere reconocerse, esta negativa podría provocar que se privase al juez de su propia dignidad al ponerse en duda su capacidad para aprender y desarrollar un proceso de formación hacia una mejor cualificación.... (La oposición) debería considerarse como la mejor de las posibles formas de reclutamiento de jueces.”⁶⁴.

Aunque, dentro de este modelo, propone que el mismo se conforme mediante la superación de dos etapas, una teórica y otra vinculada al ejercicio profesional:

⁶³ SECRETARIADO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA. “Selección y formación de jueces. Notas para un modelo constitucional de juez”. Documento de trabajo de 16 de marzo de 2002. Localizable en: <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/selecFormJueces.pdf>, a fecha de diciembre de 2011. También en: “Informe de jueces para la democracia sobre la Escuela Judicial”, localizable en <http://www.juecesdemocracia.es/congresos/xvcongreso/Informes%20Gesti%A2n/Escuela%20JMFERNANDEZ.pdf>, a fecha de diciembre de 2011.

⁶⁴ VALLS GOMBAU, J.F. “El acceso a las Carreras Judicial y Fiscal”. *Revista del Poder Judicial*. Nº 69. 2003. Págs. 465 y 489.

“Nuestro modelo de Juez, con capacidad y oficio para la toma de decisiones jurisprudenciales, precisa, en una primera fase, de la acreditación de unos conocimientos jurídicos, que posteriormente deben ser orientados hacia el ejercicio de la función jurisdiccional. Será en esta segunda fase, completada con la formación continuada, cuando el juez deba desarrollar el hábito, propio de la prudencia, que por referirse a la justicia, se denomina jurisprudencia para resolver el caso sometido a enjuiciamiento de forma justa y equitativa, con criterios de lógica deóntica en los que el valor del razonamiento y la argumentación adquieren una importancia capital.”⁶⁵

En todo caso, Valls parte de la consideración de que el sistema de selección tiene que conseguir garantizar la capacidad argumentativa de los candidatos, pues, siguiendo a Perelman⁶⁶, asume que la función jurisdiccional no puede reducirse en la actualidad a una mera subsunción:

“... la actividad de juzgar no puede reducirse a la subsunción lógica de unos hechos en unas reglas jurídicas determinadas previamente por la ley, sino que resulta ser una actividad eminentemente valorativa y compleja. Los razonamientos judiciales no son analíticos, o sea, no parten de premisas ciertas y conducen mediante inferencias igualmente ciertas a consecuencias verdaderas, sino que, más bien, son razonamientos dialécticos que guían deliberaciones y controversias.”⁶⁷

Junto con estas características, propone un modelo constitucional de juez, comprensivo y abierto, con competencia profesional y sensibilidad social, amplitud de miras y mentalidad abierta, partiendo, para ello, de los principios y valores constitucionales⁶⁸.

Por todo ello, asume la posibilidad de la mejora del sistema actual para que permita acreditar otras facetas relevantes para el ejercicio de la función jurisdiccional, como las capacidades argumentales y el conocimiento de idiomas o la cultura general de los candidatos⁶⁹, de forma que las pruebas valoren las necesarias habilidades para el ejercicio

⁶⁵ VALLS GOMBAU, J.F. “El acceso a las Carreras Judicial y Fiscal”. *Revista del Poder Judicial*. Nº 69. 2003. Págs. 465 y 489.

⁶⁶ PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas. Madrid. 1979.

⁶⁷ VALLS GOMBAU, J.F. “El acceso a las Carreras Judicial y Fiscal”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Nº 69. 2003. Pág. 487.

⁶⁸ VALLS GOMBAU, J.F. “La política de selección de jueces: conclusiones”. En Valls Gombau, J.F. (coord.). *La política de selección de jueces*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Pág. 341.

⁶⁹ Propone medidas concretas sobre el desarrollo del proceso selectivo, como la introducción de un test preseselectivo (actualmente implantado), modificación del temario y la introducción de un caso práctico, en

de la función jurisdiccional, con la finalidad de comprobar la cultura, madurez y capacidad argumental del aspirante.

Jiménez Asensio⁷⁰, parte en sus propuestas de una intensa crítica al sistema de oposición actual, puesto que, según su criterio, no responde a las necesidades propias de la función jurisdiccional, definiendo de forma desdeñosa el mismo:

“Lo único que se exige a los aspirantes a jueces es que retengan en la memoria un sinfín inmenso de datos y literalmente los devuelvan ante un Tribunal. La preparación de la prueba... son años de encierro, de aislamiento del medio social, de ensimismamiento, de alejamiento de la vida cultural y lúdica... de una suerte de enclaustramiento que terminará, en el mejor de los casos, con el ingreso en la orden, un período de preparación para el sacerdocio judicial.”⁷¹

El sistema actual de acceso es calificado por Jiménez como corporativista, pues responde a las características propias de la corporación judicial, que serían las siguientes:

“La configuración de la Judicatura como un cuerpo de funcionarios o una carrera judicial; los elementos relativos a la socialización que se plasma en los usos lingüísticos (los jueces, sea cual fuere su ideología, se denominan entre ellos compañeros); la existencia de un juez pretendidamente apolítico y presuntamente técnico, legitimado exclusivamente por la superación de la oposición; por último, una

el que más que buscar el valor de la solución final debe comprobarse las capacidades analíticas del candidato. En general, constata y comparte las críticas y aportaciones efectuadas por Saiz Arnaiz y Hernández García. En HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAIZ ARNAIZ, A. “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”. *Actualidad Aranzadi*. Número 568. Pamplona. 2003. Págs. 1-6.

⁷⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249. Propone, por todo ello: la creación de centros oficiales para la preparación de las oposiciones; el impulso de ingresos colaterales; la reducción del temario; y, asimismo, la sustitución de las actuales pruebas, de forma que comprendan: pruebas psicotécnicas; ejercicios de composición y cultura jurídica general; pruebas orales en las que se acredite la capacidad de relación, madurez expositiva, orden lógico y sentido jurídico del aspirante; la introducción de casos prácticos, que permitan acreditar la capacidad argumental y de resolución de problemas jurídicos; y, por último, la introducción de examen de lengua extranjera y la valoración del conocimiento de las lenguas autonómicas.

⁷¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Pág. 158.

relativa homogeneidad en cuanto a la procedencia, social, cultural e ideológica de los jueces.”⁷²

Esta situación la relaciona Jiménez Asensio con la evolución histórica de las oposiciones para el acceso a la Judicatura y las circunstancias que la han rodeado (el clientilismo político propio del siglo XIX), pero también con nuestra tradición jurídica⁷³ y con los presupuestos contemplados por los ilustrados (v.gr., en El Federalista de Montesquieu), que promovían que el juez fuera sólo la palabra de la ley y que se asentaban en la doctrina del legislador limitado. Esta última concepción provocó que, institucionalmente, se promoviera, por un lado, que toda persona honesta pudiera ser juez, siempre que estuviera dispuesta a aplicar las leyes en términos mecánicos. Y por otro, que después del final de la época revolucionaria, la Magistratura se concibiera como un sector burocrático sometido a la autoridad de un ministro.

Estas concepciones originaron en la Europa continental, a su vez, un modelo de juez muy diferente al que se estaba generando en el constitucionalismo norteamericano (caracterizado por un rechazo de la soberanía del legislador y una estructura federal). El sistema francés, por el contrario, ensalzará el valor de la ley y no englobará en el concepto de ordenamiento a la Constitución, lo que incidirá en la configuración de dos modelos distintos de jueces: el modelo anglosajón, marcadamente profesional, distinguido por exigir a los jueces una trayectoria previa y un conocimiento del derecho jurisprudencial; y el modelo continental, caracterizado por ser un juez funcionario, carente de experiencia profesional y que basa su legitimación en un conocimiento teórico del Derecho.

Todo ello, asimismo, incidirá en la forma en la que se ha desarrollado la docencia del Derecho en uno y otro ámbito. Así, mientras que la formación jurídica en los sistemas del *common law* tendrá como centro de gravedad el estudio de casos, en los sistemas de *civil law* la enseñanza del Derecho partirá de presupuestos dogmáticos, sin apenas referencia alguna al papel de la jurisprudencia. Esta situación, plenamente acogida en

⁷² JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. En Jiménez Asensio, R. (coord.). *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Pág. 171.

⁷³ Aspectos contenidos en el artículo de JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Constitucionalización del ordenamiento y judicialización del Derecho (a propósito de la enseñanza del Derecho y de la formación judicial)”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 62. 2002. Págs. 157-188.

España, se extenderá en nuestro país durante todo el siglo XIX e, incluso, se potenciará durante el régimen franquista, lo que provocará que, aún en la actualidad, la docencia del Derecho ponga el acento en la concepción taxonómica y clasificatoria del Derecho:

“En nuestro país ha primado siempre el Derecho escrito (la entronización de la ley), llegándose al punto de que se ha menospreciado o relativizado el papel de la jurisprudencia. Fruto de lo anterior, y por lo que concierne a la enseñanza del Derecho, se han aplicado unas metodologías basadas más en la transmisión de conocimientos a través de construcciones dogmáticas y en muchos casos mediante la sistematización de lo que eran meros contenidos normativos.”⁷⁴

Esta situación, a juicio de Jiménez Asensio, se ha visto favorecida, asimismo, por la ausencia de investigaciones sólidas en España en el ámbito de la docencia del Derecho:

“La enseñanza del Derecho es un tema relativamente abandonado en los estudios doctrinales. Sí es cierto que ha merecido la atención de algunas monografías o artículos doctrinales, pero la reflexión sobre estos temas en España es mucho más modesta que la existente en otros países.”⁷⁵

Partiendo de este contexto, tanto histórico como cultural y jurídico, Jiménez ha reseñado la cada vez mayor relevancia del juez en nuestro modelo jurídico actual, paralela al proceso de declinación del legislador y de consolidación de nuestra Norma Constitucional. Circunstancias que, a su juicio, han suscitado un fenómeno de “constitucionalización del ordenamiento y de judicialización del Derecho” y que, a su vez, afectan al nuevo modelo de juez que exige el Derecho actual, de forma que se está generando un salto cualitativo en la posición institucional del juez en nuestro sistema, según deduce Asensio de distintas consideraciones.

En primer lugar, el juez ha asumido funciones que superan la mera aplicación mecánica de la ley, que ya no es completa, coherente ni unitaria, con una cada vez mayor influencia de la jurisprudencia en la aplicación concreta de la ley. La mayor complejidad de los sistemas normativos actuales y la pluralidad de instituciones con potestades normativas (Comunidades Autónomas, Estado, Corporaciones,...) potencian aún más esta

⁷⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Abogados, enseñanza del Derecho y Administración de Justicia (en torno a algunos problemas institucionales de la Abogacía española en el siglo XXI)”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 67. 2003. Pág. 190.

⁷⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Abogados, enseñanza del Derecho y Administración de Justicia (en torno a algunos problemas institucionales de la Abogacía española en el siglo XXI)”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 67. 2003. Pág. 201.

consideración. La concepción tradicional del juez como aplicador mecánico, pasivo, y meramente técnico de la ley representa un modelo periclitado. Ya no se trata tanto de conocer la ley, sino de conocer el Derecho.

En segundo lugar, el juez se posiciona como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, debiendo interpretar tales derechos conforme a la jurisprudencia constitucional y abordar los problemas jurídicos que ello conlleva, debiendo conocer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y realizar la pertinente ponderación de derechos o la aplicación del test de proporcionalidad.

En tercer lugar, el juez es juez de constitucionalidad y debe verificar la constitucionalidad de las normas que aplica (reglamentos, leyes pre y postconstitucionales), pudiendo, en su caso, elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

En cuarto lugar, el juez es juez comunitario, con una dimensión internacional, que ha modificado el tradicional sistema de fuentes presidido por la ley y que impone un estudio de nuevas normas y jurisprudencia.

En última instancia, el juez ha de actuar en un contexto de pluralismo normativo, cultural, político y lingüístico.

Ya el Libro Blanco, de 1997, incluyó, entre sus valoraciones sobre el sistema de selección de jueces, la ausencia de pruebas que acreditasen facetas propias de la función jurisdiccional, detallando que: “En la actualidad el proceso selectivo valora preferentemente los conocimientos memorísticos jurídicos de los opositores, descuidando otras facetas de capital importancia, como son la capacidad argumental o la verificación de la cultura jurídica general que debe poseer un juez”, si bien añade que “la oposición a Judicatura ha de centrarse, por tanto, en acreditar conocimientos jurídicos.”⁷⁶

⁷⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Libro Blanco de la Justicia* (aprobado en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha de 17 de enero de 2007). Madrid. 1997.

Las aportaciones incluidas en este apartado contienen algunos comentarios paradójicos: como el de Montero Aroca, que señala la imposibilidad de que la “experiencia forense” se enseñe, pues “por la fuerza de la naturaleza de las cosas”⁷⁷ se reduciría a un anecdotario; los anómalos términos utilizados por los jueces para designarse entre sí, según Jiménez Asensio (como “compañeros”); el paralelismo que Valls establece entre el cuestionamiento de la dignidad del juez y el de la oposición; la subestimación que Caminal i Badía otorga a la especulación doctrinal y a la “literatura procesal”, frente al relevante dominio que algunos juristas mantienen sobre la capacidad de contradicción; o la crítica que este último autor realiza sobre la valoración que en los dictámenes propios de los concursos de juristas se efectúa sobre la dimensión formal de la argumentación (concretamente, respecto de la “capacidad para alcanzar conclusiones lógicas”), que, para él, implica dudar de la estabilidad mental de los candidatos.

Pero, en todo caso, se proponen desde estas posiciones interesantes aportaciones concernientes, en general, a la necesidad de que las pruebas de los procesos selectivos se adecúen a las funciones específicas de los jueces, lo que conlleva la valoración en aquellos de la capacidad de argumentación de los aspirantes, así como de aspectos propios de la actividad interpretativa, a la vista de la relevancia de la Constitución y de la jurisprudencia (ordinaria y constitucional), la superación actual del legicentrismo o la importancia de los derechos fundamentales y del Derecho Comunitario o del Autonómico, entre otros elementos destacables.

No obstante, se plantearían desde estas posiciones múltiples cuestiones: qué relevancia tienen los principios y valores y los derechos fundamentales en los procesos de interpretación, en qué términos y ámbitos los jueces pueden crear derecho, qué facetas de la argumentación son las que deben desarrollar los futuros jueces,... Indicadores que no se especifican por los autores citados y que pretendemos desarrollar en el presente trabajo

⁷⁷ La doctrina positivista clásica ya aludía a la “naturaleza de las cosas” dentro de las fuentes aparentes o presuntas o pseudofuentes del Derecho. Supondría considerar que, cuando la solución para una controversia carece de una norma legislativa preexistente, la misma se obtiene a partir del hecho que debe ser regulado, en cuanto que en sí mismo el hecho tendría ya su propia disciplina. Compartimos, en este tema, la opinión de Bobbio, que atribuye al concepto “naturaleza de las cosas” un origen iusnaturalista, de forma que bajo dicha expresión subyace una falacia naturalista, es decir, la convicción falsa de poder extraer a partir de la constatación de una cierta realidad (que es un juicio de hecho) una regla de conducta (que implica un juicio de valor), lo que constituiría un sofisma. BOBBIO, N. *El positivismo jurídico*. Editorial Debate. Madrid. 1993. Págs. 182-186.

pues, si se parte de la consideración de que los nuevos jueces han de dominar aspectos propios de interpretación y de la argumentación, será necesario precisar en qué términos y bajo qué criterios han de ser desplegados, con independencia de las vías de acceso que existan o de las pruebas que en el seno de las mismas se diseñen.

6. DIMENSIÓN SOCIAL DEL JUEZ

Otros autores, partiendo de la consideración de que el núcleo de la función judicial es eminentemente jurídico, proponen también modificaciones en los sistemas de selección para adecuarlos a las nuevas exigencias del Derecho actual, en la línea de las aportaciones incluidas en el anterior apartado, incidiendo en las peculiaridades que ostenta la función judicial en nuestra sociedad tras la promulgación de nuestra Constitución. Pero entienden, asimismo, que la modificación actual de la función judicial no sólo está motivada por estos criterios, sino también por la necesidad de que el juez asuma una posición de transformación social en nuestro Estado democrático y de promoción de los nuevos valores sociales contemplados en nuestra Carta Magna.

Andrés Ibáñez⁷⁸, poco después de la promulgación de la LOPJ, cuestionó el modelo de selección que se consagraba en la misma para proponer la necesidad de que los procesos selectivos respondieran a un nuevo tipo de juez, que asumiera una función promocional y que se adscribiera a los valores constitucionales consagrados en la nueva Constitución.

La oposición es, para él, el medio mejor para hacer del juez simple boca de la ley, reducir el Derecho a la ley, en términos del más puro positivismo legalista, y la formación jurídica a la asimilación (ingestión casi) memorística, desproblematizada y acrítica del contenido de los textos legales. Por ello, la oposición, más que una técnica racional para

⁷⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y MOVILLA ÁLVAREZ, C. *El poder judicial*. Tecnos. Madrid. 1986. Págs. 105 y 117. Una vez más se incluyen referencias que reflejan las connotaciones ideológicas que suelen acompañar al debate sobre la formación de los jueces en España: “Para la derecha política y el sector mayoritario de la magistratura asociada... todo se reduciría a la subrepticia implantación de un mecanismo fácilmente manipulable desde el ejecutivo, ordenado al control político de la justicia y originador, por tanto, de una drástica pérdida de independencia por parte de la misma...”. Pág. 111.

la evaluación de determinadas aptitudes, la califica como una especie de rito o ceremonia de iniciación que imprime al seleccionado una unción carismática.

En contraposición a este modelo de juez, propone otro que ha de responder a las prescripciones constitucionales y a la demanda social de justicia que se proyecta sobre los organismos jurisdiccionales. Por tanto, el juez tiene como principios inspiradores los que como valores superiores consagra el artículo 1.1. del texto constitucional y una función de contenido promocional, como la que explícitamente deriva del artículo 9.2 de la Constitución, que debe discurrir por los cauces garantistas del artículo 24 y concordantes. Ello precisa, respecto del juez, un diverso tipo de cultura y un también diferente modo de inserción y presencia del mismo en el tejido social. Asimismo, el rápido envejecimiento de muchas previsiones legislativas y la emergencia de nuevos conflictos sociales que reclaman la mediación judicial, dotan a la función del juez de una complejidad muchas veces inédita y a sus resoluciones de una trascendencia que desborda ampliamente el clásico contexto del interés de las partes privadas.

Aquel imperativo constitucional y estas circunstancias imponen una ruptura con la idea de juez burócrata de la tradición europea.

García Valdés⁷⁹ también cuestionó, desde estas posiciones, el actual modelo de oposición:

“... las oposiciones judiciales constituyen un sistema de selección basado en la memorización de un elevado número de temas y en su reproducción ante el tribunal designado al efecto en un tiempo tasado de antemano, con limitaciones muy características y, aparentemente, carentes de fundamento objetivo.”

A su juicio, las actuales oposiciones imponen un déficit considerable de conocimientos, no estrictamente vinculados con el Derecho positivo, que podrían permitir al juez, cuando aplicara la ley, efectuar una interpretación concorde con las exigencias de la realidad social del tiempo en que han de aplicarse. Aunque de una forma muy tangencial, alude, al referirse a la importancia de la formación de los jueces, a aspectos que, a su juicio, deben fundamentar los procesos de selección, como el relieve de la

⁷⁹ GARCÍA VALDÉS, C. “La formación y selección de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales”. *Revista del Poder Judicial*. N° 7. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1987. Págs. 39-51. Cita en pág. 41.

doctrina jurisprudencial en la creación del Derecho o a la necesidad de que se considere la realidad social. Estos aspectos ponen en crisis concepciones pasadas: la propia norma jurídica, señala, se ha encargado de desmentir la vieja afirmación de Montesquieu y la consideración de la actividad judicial como expresión de un puro razonamiento formal. La función judicial, por tanto, ha de vincularse a la realidad social:

“... el juez cumple una trascendental función, consistente en tender un puente entre los principios y valores del ordenamiento jurídico y la realidad social en la que éste encuentra su aplicación permanente.”⁸⁰

Manifiesto partidario de las vías colaterales de acceso y detractor del modelo actual de oposición es Fernández Seijo⁸¹, pues no es suficiente para el desempeño de la función judicial que los jueces memoricen leyes: deben ser capaces de aplicarlas con sentido. Parece razonable, para él, que el Gobierno desee que un porcentaje de sus jueces sean seleccionados entre juristas que, en vez de encerrarse para memorizar el temario, aporten su experiencia profesional y demuestren su conocimiento y capacidad para resolver los conflictos de los ciudadanos. Propone, en esta línea, la modificación del modelo de oposición en algunos de sus aspectos⁸².

Ciertamente, el modelo de juez que asume contendría elementos de los apartados precedentes, en la medida en que valora la vivencia en el juez de una serie de virtudes personales, su conocimiento del contexto social, cultural y político y, asimismo, su función social, en orden a conseguir la plena efectividad de los derechos fundamentales. En este sentido, considera indispensable que el acceso a la Carrera Judicial garantice unos profundos conocimientos jurídicos a la vez que ofrezca los instrumentos sociales, culturales, políticos y económicos para comprender y contextualizar los conflictos que deben resolver los jueces al aplicar el ordenamiento

⁸⁰ GARCÍA VALDÉS, C. “La formación y selección de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales”. *Revista del Poder Judicial*. Nº 7. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1987. Pág. 39.

⁸¹ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “La línea de sombra”. *El Derecho*. Enero/febrero 2008. Nº 43.

⁸² Modificaciones en el temario, la supresión del test por considerarlo aleatorio y por requerir un sistema de preparación distinto a los otros exámenes, la inclusión de aclaraciones o precisiones en los exámenes orales y otras cuestiones secundarias sobre la realización de los exámenes. Aspectos, estos, incluidos en: FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre.” En Valls Gombau, J.F. (coord.). *La política de selección de jueces*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 209-233.

jurídico. Por otra parte, alude a la necesidad de que el juez asuma valores de solidaridad, tolerancia y libertad o igualdad. El modelo de juez, en suma, ha de responder al siguiente perfil:

“... un juez preparado técnicamente, un juez con poder de decisión, un juez independiente e imparcial, pero no neutral, un juez independiente de sí mismo, conocedor de sus limitaciones, un juez consciente de su función social, un juez que vive su independencia como herramienta de amparo, un juez responsable... un juez que sepa encajar la crítica pública de sus resoluciones... El juez es un elemento fundamental en la efectiva tutela de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos.”⁸³

Para Ordóñez Solís⁸⁴, tanto la selección como la formación del juez deben ajustarse al nuevo modelo de sociedad y de legitimación que se requiere. Para este autor, el viejo sistema de selección burocrático debe ser actualizado para tener en cuenta la nueva función "política" de los jueces. Por eso se ha invocado la "legitimidad social del Poder Judicial" y se ha propuesto un cambio para configurar un perfil de juez que, por formación jurídica y por criterio de selección, responda más al de un profesional apegado a la dimensión contenciosa del Derecho, que le permita responder con solvencia a su condición de garante de los derechos fundamentales de las personas, proporcionando tutela a las demandas que se le plantean.

Gómez Martínez, quien fue director de la Escuela Judicial española, ha publicado distintas aportaciones vinculadas con la formación y selección de los jueces. Otorga una especial relevancia a sus procesos de formación, instando una reforma de la regulación actual, que continúa anclada en una configuración decimonónica, enciclopédica y memorística, mucho menos relevante en la actualidad por la existencia de las bases de datos.

⁸³ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre.” En Valls Gombau, J.F. (coord.). *La política de selección de jueces*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 213 y 214.

⁸⁴ ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Thomson civitas. Cizur Menor (Navara). 2004. Págs. 54, 55.

Indica como causas que justificarían una reforma⁸⁵: la dimensión constitucional del juez, que se erige en garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos; la dimensión internacional y europea de su función, originada por la integración de España en la Unión Europea y por el fenómeno de la globalización; la exigencia de una formación a los futuros jueces en valores constitucionales y dirigida al dominio de los conocimientos aplicativos del derecho del aspirante a juez; las múltiples facetas que los jueces han de asumir en su primer destino (juzgados unipersonales con competencias en el orden civil y penal); o la ausencia de objetividad de las pruebas de la oposición⁸⁶. El protagonismo que el juez mantiene en la actualidad en las sociedades del siglo XXI también ha de influir notablemente, a su juicio, en la formación inicial del juez (por la importancia del fenómeno de la inmigración; la mayor intervención de la Administración y del Derecho en todos los ámbitos, como el económico, el tecnológico; el crecimiento de la litigiosidad; la deficiente técnica legislativa; la descodificación y la constante proliferación de normas; la mayor importancia de la jurisprudencia; la, por ello, relevante dimensión de la argumentación; ...).

Otras justificaciones para el cambio del sistema las fundamenta en valoraciones no esencialmente jurídicas. Una de éstas sería el “déficit de conocimiento de la realidad” o el “déficit de vida” que los jueces recién ingresados en la Carrera mantienen (por su juventud y por su dedicación a la preparación de la oposición), en la opinión negativa que la sociedad tiene de los jueces (un 40% de entrevistados consideran que los jueces “están fuera de onda”⁸⁷) o en la relación causa-efecto que establece entre el período de estudio y

⁸⁵ Estos factores están contenidos en dos publicaciones de Gómez Martínez. GÓMEZ MARTÍNEZ, C.: “La reforma del acceso a la Carrera Judicial”. Localizable en: http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%C3%B3mez+mart%C3%ADnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial+, a fecha de agosto de 2010; y GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “Perfil de las profesiones jurídicas. Los retos del juez del siglo XXI: su formación”. *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*. Nº 53. Septiembre de 2001. Págs. 19-32.

⁸⁶ Se fundamenta, en este sentido, en los estudios de Bagüés referidos en la introducción (capítulo 1) de la tesis.

⁸⁷ Esta opinión se recoge en los estudios estadísticos de Toharia aludidos en la introducción del presente trabajo (capítulo 1), como TOHARIA CORTÉS, J.J. y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J. *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005.

de sacrificio que implica la oposición y la ausencia de humanidad y cordialidad de los nuevos jueces:

“...tampoco es aventurado decir que el aislamiento del opositor durante largos años, dejando en suspenso indefinido decisiones vitales importantes (formar pareja, iniciar una vida independiente), algo tiene que ver con su posterior falta de empatía e insuficiente capacidad de escucha; que el esfuerzo desproporcionado en aprobar la oposición puede explicar la cierta prepotencia frente a otros profesionales del derecho que no han pasado la oposición...”⁸⁸

Las formas de acceso a la Carrera Judicial por las denominadas vías colaterales, es decir, mediante concurso dirigido a juristas, son valoradas muy positivamente por Gómez, considerando que estos procedimientos constituyen un modo de conseguir una pluralidad de perfiles profesionales que solamente puede beneficiar al conjunto de la Carrera Judicial.

Resume, con brevedad, las fases en las que, a su juicio, se ha de componer la formación de los jueces:

“Las anteriores consideraciones convergen en un proceso de selección y formación de jueces en tres niveles: conocimientos, argumentación jurídica y valores constitucionales del juez.”⁸⁹

⁸⁸ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial”. Localizable en: http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%c3%b3mez+mart%c3%adnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial+, a fecha de agosto de 2010. Pág. 7.

⁸⁹ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial”. Localizable en: http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%c3%b3mez+mart%c3%adnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial+, a fecha de agosto de 2010. Pág. 29. Este documento constituye una síntesis de diversas ponencias que presentaron en el seno de la Asociación Judicial Jueces para la Democracia José María Fernández Fijó, Javier Hernández, Ricardo Bodas Martín, Inmaculada Montalbán, Félix Azón Vilas y el propio Carlos Gómez Martínez. Propone distintas líneas concretas de cambio. En primer lugar, un engarce entre los cursos de posgrado que han de configurarse en el ámbito universitario tras el proceso de Bolonia y los procesos de formación de jueces, de forma que la evaluación que obtenga el alumno en los masters universitarios sea valorada en la oposición, integrando así el proceso de formación de los distintos profesionales del Derecho. Asimismo, plantea una definición clara de los objetivos, habilidades y capacidades que han de adquirirse en cada una de las fases del proceso selectivo. En última instancia, indica las que, a su juicio, han de ser las pruebas del proceso selectivo: un test psicológico, no puntuable; un examen escrito que consista en el análisis de varios casos prácticos, en exposiciones de cuestiones jurídicas transversales o en el comentario de una sentencia; otra prueba oral, que obligue a interrelacionar distintos conceptos e instituciones jurídicas; y una última prueba de lengua extranjera.

Se trataría de potenciar distintas dimensiones de la función judicial que actualmente no se exigen o valoran en los procesos selectivos actuales, como la argumentación y motivación de la sentencia, capacidad de análisis y de argumentación jurídica, cierto perfil psicológico del futuro juez (propone un test psicológico, aun reconociendo la ausencia de un “perfil psicológico oficial”), la “capacidad crítica y discursiva del candidato” y la necesaria para valorar las consecuencias de sus resoluciones.

Resalta, asimismo, distintas facetas que determinan el modelo de juez que postula, siendo destacable en su modelo de juez la preponderancia actual de la Constitución española, que exige que el juez:

“... además de conocer el Derecho, sea capaz de comprometerse con los valores de imparcialidad, independencia y motivación de las sentencias.”⁹⁰

Menciona también la importancia de que los programas formativos incluyan un componente de conexión de los futuros jueces con el entorno social en que van a producir efecto sus resoluciones:

“el modelo de juez que se persigue no es del juez ensimismado, sino el de un juez abierto a la sociedad y a los temas que preocupan a sus conciudadanos.”⁹¹

En este sentido, Gómez atribuye al juez una función de promoción social en relación con el fenómeno de la inmigración y la interculturalidad:

“Durante los años 50 y 60, los jueces de Estados Unidos tuvieron un papel esencial en el diseño de un ordenamiento jurídico que permitiese la convivencia igualitaria de distintas culturas... No es previsible que la Judicatura española desempeñe un papel semejante en el camino hacia la sociedad multicultural... Sin embargo, la administración de justicia deberá operar, desde el principio, como instrumento de inclusión y deberá quedar definida como lugar de encuentro... Al juez le es exigible

⁹⁰ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial”. Localizable en: http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%c3%b3mez+mart%c3%adnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial+, a fecha de agosto de 2010. Pág. 3.

⁹¹ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “Las razones de la formación inicial del juez”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. N° 64. 2001. Pág. 264.

en mayor grado (una actitud de respeto hacia las distintas culturas) por la función que está llamado a desempeñar de puente entre las distintas culturas."⁹²

Gómez también alude a otros aspectos que configuran en la actualidad la función judicial⁹³, como: la importancia de los principios de independencia, imparcialidad y vinculación del juez a la ley; su posición de garante de los derechos fundamentales; la relevancia del Proceso y el Dº Procesal y de la motivación; así como a ciertos aspectos éticos, incluibles en la dimensión deontológica del juez.

Saiz Arnáiz⁹⁴ y Hernández García⁹⁵ también han tratado extensamente las dimensiones que actualmente asume la función jurisdiccional en los Estados actuales. Parten de la constatación de la ausencia de investigaciones sólidas sobre la cuestión de la formación de los jueces en nuestra doctrina:

“El Poder Judicial es, sin lugar a dudas, el menos estudiado de todos los que integran el entramado institucional que resulta de la Constitución de 1978. La apuntada escasez de reflexiones deviene casi una total ausencia si se alude al concreto aspecto de la selección y formación inicial de quienes integran el referido Poder. Pocos, muy pocos son, en efecto, los trabajos en los que se ha afrontado tan decisiva cuestión.”⁹⁶

Junto con profundas críticas al actual programa de la oposición⁹⁷ y al procedimiento de selección actual⁹⁸, ambos juristas distinguen aspectos que resaltan la complejidad del

⁹² GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “Perfil de las profesiones jurídicas. Los retos del juez del siglo XXI: su formación”. *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*. Nº 53. Septiembre de 2001. Pág. 28.

⁹³ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “El modelo constitucional de juez”. En Valls Gombau (coord.). *Política de selección de jueces*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 35-69.

⁹⁴ SAIZ ARNAIZ, A. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial en España: algunas propuestas” Laboratorio de alternativas. Fundación Alternativas. 2007. Documento de trabajo 119/2007. Localizable en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/la-reforma-del-acceso-a-la-carrera-judicial-en-espana-algunas-propuestas>, a fecha de noviembre de 2010. Los ejercicios actuales, a su juicio, no permiten valorar la “capacidad argumental y de análisis del aspirante.

⁹⁵ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAIZ ARNAIZ, A. “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”. *Actualidad Aranzadi*. Número 568. Pamplona. 2003. Págs. 1-6.

⁹⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAIZ ARNAIZ, A. “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”. *Actualidad Aranzadi*. Número 568. Pamplona. 2003. Pág. 1.

⁹⁷ Las mismas se incluyen más pormenorizadamente en el capítulo relativo a la oposición libre.

Derecho actual y que exigen una actualización de los procesos selectivos, pues los mismos no se adecúan a las necesidades que exige el actual ejercicio de la función jurisdiccional, si bien también vinculan las críticas al actual modelo con el corporativismo judicial⁹⁹ o a la ausencia de imparcialidad del sistema.

Proponen una modificación de la actual regulación por varias razones: porque el Estado constitucional de Derecho, que se integra internacional y supranacionalmente en otras entidades, y que se articula en Comunidades Autónomas dotadas de competencias normativas, ha provocado que el legicentrismo (y, por lo tanto, la ubicación central de los códigos en el ejercicio de la función jurisdiccional) se haya visto desplazado por la preferente posición que corresponde al texto fundamental, que exige una interpretación de todas las reglas vigentes conforme a la misma y sus valores esenciales; por la relevancia de los derechos fundamentales; o por la nueva distribución territorial del Estado, que se articula en Comunidades Autónomas dotadas de competencias normativas primarias. Por ello, el sistema de selección y de formación inicial ha de garantizar un grado de conocimiento amplio y sistemático del Derecho constitucionalizado, la capacidad de argumentación, de relación, de análisis de cuestiones aplicativas y de identificación de los problemas más importantes de la llamada cultura jurídica contemporánea¹⁰⁰.

⁹⁸ Proponen una entrevista con el tribunal; la potenciación de los exámenes escritos, de los cuales uno, al menos, debería ser práctico; que los temas del programa no tengan sólo contenido jurídico; que se evalúe el control psicológico, el idioma extranjero y las habilidades informáticas y de expresión escrita; también la sustitución del test inicial por uno de cultura general.

⁹⁹ En este sentido, Saiz expresa: “el preparador es para estos, en la gran mayoría de los casos, su primer contacto con el mundo judicial, su primera familiarización con lo que podemos denominar mentalidad judicial, cumpliendo así una función esencial de reproducción de la ideología de la corporación”. SAIZ ARNAIZ, A. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial en España: algunas propuestas” Laboratorio de alternativas. Fundación Alternativas. 2007. Documento de trabajo 119/2007. Localizable en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/la-reforma-del-acceso-a-la-carrera-judicial-en-espana-algunas-propuestas>, a fecha de noviembre de 2010. También plantea los problemas por la posible incompatibilidad que puede plantear la preparación al acceso a la Carrera Judicial por parte de jueces y magistrados.

¹⁰⁰ En este sentido, Hernández resalta la necesidad de que sea más valorado en los procesos de selección “el derecho dúctil, el derecho de los derechos fundamentales, el derecho de los casos difíciles, el derecho que se argumenta, el derecho jurisprudencial, el derecho de las grandes decisiones de los altos tribunales internacionales y nacionales, ... el derecho de los nuevos conflictos, el derecho de textura abierta, el derecho que ... imprime a la decisión razonabilidad, justicia, compromiso, responsabilidad aplicativa para el juez que la adopta. “Hacia la reforma de acceso a la función judicial”. *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*. Nº 63. Noviembre 2008. Págs. 103-115.

Los principios y valores constitucionales han modificado, a su juicio, sustancialmente, la función jurisdiccional, el propio contenido de la interpretación, que ahora tiene una mayor dimensión axiológica:

“... aquél (por el juez) no decide ya sólo aplicando la ley, sino que más bien parece hacerlo desde la ley, interpretada de conformidad con la Constitución y a la luz de los derechos fundamentales, valores y principios que aquélla reconoce y proclama, haciéndolo, además, en unos términos inconcretos, abiertos y vagos, que complican la tarea del intérprete constitucional... La atribución al juez de un papel activo en la aplicación directa de los preceptos constitucionales genera una nueva ideología de la interpretación, que convierte a la ley en un documento que necesita de una atribución de valor.”¹⁰¹

Incluso, para ellos, el nuevo constitucionalismo y los valores constitucionales otorgan una nueva dimensión de la función jurisdiccional, que ahora ha de ir encaminada a la consecución de objetivos sociales:

“En un Estado constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva actúa como una suerte de factor multiplicador al configurar una verdadera expectativa general de justicia, en un sentido sustancial, y una expectativa general de resarcimiento para aquellos que sufren una situación desaventajada. Pero, además, la identificación de los valores superiores –igualdad, justicia, libertad y pluralismo político– como instrumentos de aplicación normativa sitúan al juez del modelo constitucional en una posición de activismo para la consecución de determinados fines sociales que en el modelo preconstitucional aparecían reservados a los otros poderes... El juez no puede reducirse a un mero lector del texto normativo, sino que debe ser también experto en la vida social...”¹⁰²

Más allá de algunas valoraciones marginales, como la que incluye Gómez respecto de la ausencia de cordialidad y humanidad en los opositores por su dedicación al estudio (de lo que se podría deducir que aquellos cuya dedicación al estudio fuese menor serían los profesionales más virtuosos), estas posiciones comparten inquietudes que ya hemos aludido con anterioridad, planteando cuestiones que han de ser consideradas en los procesos de formación de los jueces, como la relevancia de la Constitución, de los derechos fundamentales, la complejidad del Derecho actual, tanto a nivel nacional como

¹⁰¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAIZ ARNAIZ, A. “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”. *Actualidad Aranzadi*. Nº 568. Pamplona. 2003. Págs. 6 y 8.

¹⁰² HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAIZ ARNAIZ, A. “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”. *Actualidad Aranzadi*. Nº 568. Pamplona. 2003. Págs. 6 y 7.

internacional, así como la nueva relevancia que otorgan a la función del juez los valores y principios constitucionales. Y si bien permiten conceder al juzgador una dimensión social de la que antes carecía, los presupuestos desde los cuales se formulan siguen planteando numerosos interrogantes respecto de los indicadores precisos del modelo de juez que se pretende desarrollar en la formación de los nuevos integrantes de la Carrera Judicial, como la relativa a los límites de la interpretación y de la discrecionalidad judicial o la naturaleza o valor de la jurisprudencia, a los que algunos de estos autores le atribuirían una función de transformación social.

7. COMPETENCIAS PROFESIONALES DEL JUEZ

Otros autores han tratado la formación de los jueces desde una perspectiva poliédrica, aludiendo a las diferentes facetas (personales, intelectuales, propiamente jurídicas, éticas,...) que ha de desarrollar y mostrar el juez durante su ejercicio profesional, incluyéndose en estas aportaciones, y desde esta perspectiva, un análisis de aquellas competencias de los jueces que serían estrictamente jurídicas¹⁰³. Dichas

¹⁰³ Distintos documentos emanados de instituciones europeas hacen énfasis tanto en la exigencia de salvaguardar la independencia e imparcialidad de los jueces como en la necesidad de que las competencias de los jueces no se limiten al terreno de lo jurídico. Se asume, en definitiva, que en la designación de los jueces ha de atribuirse una cierta importancia a otro tipo de habilidades y aptitudes necesarias para la resolución de los conflictos que se plantean ante los órganos judiciales.

La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (94) 12, de 13 de octubre de 1994, *On the Independence, Efficiency and Role of Judges*, afirma que la selección y la carrera de los jueces se basarán en el mérito, teniendo en cuenta sus cualidades, integridad, habilidades y eficiencia. La *European Charter on the Statute for Judges*, que fue elaborada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa en la reunión multilateral celebrada los días 8 a 10 de julio de 1998. Establece que en el reclutamiento ha de tenerse en cuenta la capacidad de los candidatos para valorar “libre e imparcialmente” los asuntos jurídicos y para aplicar el Derecho “con respeto a la dignidad individual”. En el *Explanatory Memorandum* de la Carta se apunta que la selección “debe basarse en criterios relevantes a tenor de la naturaleza de las obligaciones del cargo”, entre los que se cuentan “la independencia de criterio”, la “habilidad para demostrar imparcialidad en el ejercicio de las funciones”, el conocimiento del Derecho y la capacidad para aplicarlo.

El Consejo Consultivo de Jueces Europeos, ha elaborado distintos informes u opiniones sobre la cuestión. Informe N.º 1 del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, de 2001, sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces. Informe n.º 4 [CCJE (2003) OP N.º 4] que, tras recordar que la independencia y la imparcialidad son una condición indispensable para que la justicia sea respetada y respetable, prosigue afirmando que “la confianza de los ciudadanos en la justicia se reforzará si los jueces tienen conocimientos profundos y diversificados que se extiendan más allá de la técnica jurídica a ámbitos de interés social, si poseen cualidades profesionales y personales y demuestran una comprensión que les permita el tratamiento de los asuntos en contacto con todas las personas concernidas de modo apropiado y abierto”. Opinión n.º 9 *On the Role of National Judges in Ensuring an Effective Application of International and European Law* [CCJE (2006) OP N.º 9], sobre las necesidades formativas de los jueces en el ámbito del

referencias también parten de la formación en competencias, la cual es un referente de los nuevos planes de estudios universitarios que han sido configurados en las universidades españolas al amparo del denominado proceso de Bolonia.

Así, en el ámbito de la doctrina española, Pereda elaboró un documento titulado “Sobre la experiencia pedagógica de formación inicial en la Escuela Judicial”¹⁰⁴ en el que resalta la inexistencia de un perfil profesional de juez en nuestra doctrina y la ausencia de una concreción sobre las necesidades formativas de los jueces de Primera Instancia e Instrucción (primer destino de los nuevos jueces). De entre las competencias que enumera, las jurídicas serían las siguientes: la necesidad de poseer los conocimientos legales (“saber derecho”); el dominio de las habilidades en la toma de decisiones orales y escritas; o la adquisición o explotación de determinadas actitudes y la formación deontológica y humanística.

También incluye esta publicación algunos criterios para definir los perfiles competenciales de los alumnos que ingresan en la Escuela Judicial, en orden a concretar sus necesidades formativas, detallando que los mismos no poseen habilidades básicas para: la construcción del razonamiento (fijación de hechos relevantes, interpretación de las pretensiones, estructuración de las acciones, identificación del material probatorio, categorización fáctica y jurídica, capacidad de sintetizar, la integración de elementos contextuales,...); para la dirección de los actos orales; o para la dirección de la plantilla del Juzgado.

Destacable es, también, el documento que elaboró el Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de Cataluña, dependiente del Departamento de Justicia del Gobierno de Cataluña, en el año 2006: *Model de competències professionals en la Judicatura, Document de treball, Seminari de Acceso a la Carrera Judicial*

Derecho internacional y europeo. Carta Magna de los jueces, aprobada por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, aprobada en 17 de noviembre de 2010, que recopila principios fundamentales que inspiran las opiniones del Consejo.

También hemos de destacar la Declaración de Londres, elaborada en el seno de la Red Europea de Consejos de Justicia en su asamblea celebrada en Londres del 2 al 4 de junio, que contiene los principios, valores y cualidades que se consideran propios del ejercicio de la función jurisdiccional.

¹⁰⁴ PEREDA GÁMEZ, F.J. “Sobre la experiencia pedagógica de formación inicial de la Escuela Judicial”. Escuela Judicial. Barcelona. 2003. Las referencias que mencionaremos están incluidas en las págs. 15 a 20 del documento.

(Barcelona, 25 y 26 de mayo de 2006)¹⁰⁵, elaborado por un equipo multidisciplinar del que formaban parte, entre otros, un grupo de jueces y magistrados. El objeto del documento en cuestión era la identificación de un modelo de competencias profesionales concebido para los titulares de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, primer destino profesional de la inmensa mayoría de los nuevos jueces. Se trataba, y así se expresa en el documento, de aplicar la técnica del modelo de gestión de recursos humanos por competencias al ámbito de la selección de la Carrera Judicial y a la definición de sus programas formativos.

En dicho documento se definen las competencias como “el conjunto de aptitudes, conocimientos, habilidades y actitudes, formuladas en términos de conductas o hábitos puestos en práctica, que se requieren por una organización, en la medida en que tienen una relación comprobada con el cumplimiento de los objetivos de la propia organización”, y se establecen cinco grandes grupos de competencias: relacionales (gestión del conflicto, empatía, trabajo en equipo, escucha activa y dirección de personas y equipos), funcionales (planificación y organización del trabajo, toma de decisiones, gestión de la información, habilidades informáticas), sistémicas (razonamiento analítico, sintético y verbal), personales (fiabilidad e integridad, flexibilidad, aprendizaje permanente, concentración, comprensión e integración social) y técnicas (capacidad técnica jurídica y procesal, expresión escrita).

También desde el Consejo General del Poder Judicial, la monografía que editó bajo el título *Política de selección de jueces*, en 2007, aludía en sus conclusiones a las competencias profesionales que debían dominar los jueces. Así, se explicitaba que, si se tienen en cuenta tres niveles formativos con finalidades diversas (enseñanza de conocimientos, capacidad argumentativa y educación en fines y valores), durante la primera fase de selección deben exigirse tanto la acreditación de conocimientos como la capacidad argumentativa, mientras que en la segunda fase -de formación inicial- se deben

¹⁰⁵ CENTRE D'ESTUDIS JURIDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA DEL DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. “Perfil profesional del juez de Primera Instancia e Instrucción”. 2006.

completar los conocimientos, incidiendo en la capacidad argumentativa y en la educación en fines y valores¹⁰⁶.

Con posterioridad, el Consejo General del Poder Judicial constituyó en el año 2009 un grupo de trabajo interdisciplinar (profesores, directivos, antiguos profesores y alumnos de la Escuela Judicial, profesores universitarios, expertos en pedagogía y formación), con el objetivo de analizar las “Metodologías y Evaluación de la Formación Judicial”¹⁰⁷. Dentro de dicho grupo de trabajo se creó un Subgrupo que profundizó en el estudio que del Perfil de Competencias elaboró el Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de Cataluña en el año 2006, anteriormente aludido. El objetivo era elaborar un perfil de competencias actualizado de los jueces, aunque dirigido a concretar las competencias profesionales que se pretende que los alumnos de la Escuela Judicial dominen tras la conclusión de los dos períodos de formación inicial desarrollados en la Escuela: el curso presencial y el período de prácticas tuteladas.

En base a ello este documento incluye una enumeración de las competencias que han de dominar los jueces en prácticas una vez concluido el curso teórico-práctico. Estas competencias las divide en 17 grupos (punto 6 del documento): capacidad técnica, jurídica y procesal, expresión escrita, gestión del conflicto, escucha activa, empatía, trabajo en equipo, dirección de personas y equipos, planificación del trabajo, toma de decisiones, gestión de la información, razonamiento analítico, razonamiento sintético, razonamiento verbal, confiabilidad e integridad, flexibilidad, aprendizaje permanente y, por último, comprensión e integración social.

Tras el segundo año de formación inicial (prácticas tuteladas) el informe define como objetivos que los alumnos logren las siguientes competencias (punto 7 del documento): técnicas (conocimiento de las instituciones jurídicas, procedimientos de gestión de las fuentes, que redacten las resoluciones escritas con rigor y claridad,...),

¹⁰⁶ VALLS GOMBAU, J.F. “La política de selección de jueces: conclusiones”. En Valls Gombau, J.F. (coord.). *La política de selección de jueces*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Pág. 364.

¹⁰⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “Competencias profesionales y Escuela Judicial (una aproximación a las competencias profesionales en el programa de formación inicial de la Escuela Judicial)”. Documento del curso del Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Barcelona los días 11 y 12 de noviembre de 2010, bajo el título “Metodologías y evaluación de la enseñanza de la función judicial”. Barcelona. 2010.

competencias relacionales (dominio de las relaciones interpersonales con encausados, víctimas, profesionales,...), competencias funcionales (dominio de herramientas de organización y planificación del trabajo propio y el de los otros), competencias analíticas (aplicación eficaz de las habilidades intelectuales de análisis y síntesis), competencias personales (alto sentido ético, capacidad de actualizarse y aprender y debe mantenerse integrado en la sociedad en la que trabaja).

Sin perjuicio de valorar positivamente el enfoque pluridisciplinar y poliédrico de este documento, no deja de apreciarse en el mismo una cierta vaguedad y falta de precisión en la delimitación de los aspectos y facetas jurídicas comprendidas en él. Así, por ejemplo, dentro de las competencias relativas a la “empatía” se concreta lo siguiente: “tener en cuenta la “justicia” de cada caso. Dentro del “razonamiento analítico” se detalla: “resolver situaciones conflictivas con arreglo a Derecho”. En las competencias relativas a “Toma de decisiones” se menciona “decidir sobre los casos discutidos”. Estas expresiones, incluidas a título ejemplificativo, si bien contienen actividades que ha de desarrollar el juez, no clarifican de forma nítida las funciones que desarrollan los jueces que conllevan una dimensión jurídica ni la forma en que han de desarrollarse las mismas.

El propio Pereda, en un artículo publicado con posterioridad a la elaboración de este documento¹⁰⁸, cuestionó también los términos, en ocasiones poco nítidos, utilizados para la delimitación de estas competencias.

En suma, estas aportaciones, aunque facilitan una comprensión conjunta de la pluralidad de facetas que ha de asumir el juez en su ejercicio profesional, no delimitan con claridad y precisión el modelo de juez que, desde la epistemología del Derecho, se pretende configurar en la Escuela Judicial española. No concretan cómo ha de posicionarse el juez frente al Derecho o la concepción de Derecho que se postula desde las instituciones competentes en la formación de los jueces.

¹⁰⁸ PEREDA GÓMEZ, J. “Reflexiones sobre competencias y sobre la competencia decisoria de los futuros jueces en la Escuela Judicial Española”. *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*. Nº 3. Octubre 2010-marzo 2010. Localizable en: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=pereda%20g%C3%B3mez%20j.%20%E2%80%9Creflexiones%20sobre%20competencias%20y%20sobre%20la%20competencia%20decisoria%20de%20los%20futuros%20jueces%20en%20la%20escuela%20judicial%20espa%C3%B1ola&source=web&cd=1&ved=0CDUQFjAA&url=http%3A%2F%2Frevistes.ub.edu%2Findex.php%2FRED%2Farticle%2Fdownload%2F1779%2F1753&ei=O0_oUPanDIOShgecnYCgBw&usg=AFQjCNFCXhUH2VEICtZUpjdWYzb8uXgkA&bvm=bv.1355534169,d.d2k, a fecha de junio de 2012.

8. LA PERTINENCIA DE CONFIGURAR MODELOS DE JUEZ

Otras aportaciones doctrinales, además de cuestionar el sistema actual de acceso a la Carrera Judicial, contienen una aportación, a nuestro juicio, muy relevante. Y dicha aportación, paradójicamente, no está conformada por una formulación doctrinal concreta o por una propuesta determinada en el ámbito de la formación de los jueces, sino, precisamente, por lo contrario, por formular un problema que numerosas aportaciones obvian: que pueden existir diferentes formas de concebir el Derecho, es decir, diversos modelos de juez que pueden estar sustentados por diferentes concepciones del Derecho y, por ende, por distintas concepciones de la interpretación y de la argumentación.

Así, muchas de las aportaciones precedentes definen un modelo concreto de juez. La asociación Jueces para la Democracia, Valls Gombau o Fernández Seijo aluden, cada uno de ellos, a un modelo de juez, que tendrían en común velar por la salvaguarda y plena eficacia de la Norma Constitucional y de los principios, valores constitucionales y derechos fundamentales que la misma reconoce. Pero más allá de estos planteamientos no se vislumbran mayores precisiones. Cada una de estas propuestas, además, considera que su concepción de la función judicial es la única y correcta: parten de la consideración naturalizada de que en la actualidad existiría un único modelo de juez, el que postula cada una de ellas.

Frente a estas posiciones, Sarmiento Larrauri¹⁰⁹, si bien propone ciertas modificaciones en los actuales procesos selectivos¹¹⁰, no se decanta por un sistema concreto, aunque resalta dos criterios que, a su juicio, determinan el papel actual del juez en nuestro Estado actual: su función de guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la reducción de la relevancia que actualmente ha sufrido el legislador frente al papel del juez y de la Constitución. No obstante, en lugar de ofrecer una propuesta

¹⁰⁹ SARMIENTO LARRAURI, J.I. “Alternativas a la selección de jueces”. *Actualidad administrativa*. N° 20. Noviembre de 2008. Tomo II. Págs. 2366-2376.

¹¹⁰ Concretamente, el establecimiento de límites en los candidatos, tanto en la edad como en el número de convocatorias a las que presentarse, la creación de centros específicos para la preparación de las pruebas, la reducción de los temarios, la introducción de exámenes escritos y de pruebas psicotécnicas y una modificación (no concretada) del funcionamiento de la Escuela Judicial.

concreta de pruebas que deberían imponerse en los procesos selectivos, plantea un interrogante que constituye nuestro objetivo:

“La reforma del Poder Judicial no puede prosperar sin que se atienda el proceso selectivo de los jueces. No es tanto si oposición, sí o no, o si se deben admitir las entradas colaterales, sino es la búsqueda de un modelo, para la selección de los jueces del siglo XXI.”¹¹¹

La búsqueda de este modelo no sólo se plantea en el ámbito de la formación de los integrantes de la Judicatura sino, en general, en la formación de los juristas que tiene lugar en las Facultades de Derecho, pues, como indica Laporta:

“...no sabemos muy bien qué clase de jurista exigirá la sociedad del siglo XXI o la nueva realidad social, política y económica que se está dibujando en el horizonte. Hay un fortísimo estado de opinión que sugiere que estamos entrando en una nueva era como consecuencia de una nueva revolución, y todos suponemos que tal cosa exigirá un nuevo jurista. Pero no sabemos a ciencia cierta en qué consistirá ser jurista en el nuevo mundo que se nos anuncia como ineluctable.”¹¹²

Es preciso, por tanto, desarrollar un estudio que permita profundizar en el modelo de juez que se pretende potenciar en los procesos de selección y formación judicial. Llamativo es, en este punto, que algunas propuestas planteen, como se ha aludido, la necesidad de configurar un perfil psicológico de juez para poder diseñar un test psicológico en los procesos de selección¹¹³ y que, sin embargo, no exista un cuestionamiento amplio y profundo sobre el perfil jurídico de juez como presupuesto necesario para la formulación de propuestas relativas a las pruebas estrictamente jurídicas

¹¹¹ SARMIENTO LARRAURI, J.I. “Alternativas a la selección de jueces”. *Actualidad administrativa*. N° 20. Noviembre de 2008. Tomo II. Pág. 2376.

¹¹² LAPORTA, F.L. “A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la naturaleza del derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 6. 2002. Pág. 14.

¹¹³ Carlos Martínez y la propuesta formulada desde Jueces para la Democracia (Fundación Antonio Carretero) llaman la atención sobre la ausencia de un perfil psicológico de juez en torno al cual poder elaborar posibles tests en los procesos selectivos para el acceso a la Carrera Judicial. FUNDACIÓN ANTONIO CARRETERO. *Nuevo modelo de acceso a la Carrera Judicial, de formación inicial y continuada*. Madrid. 2008. Documento elaborado por: Javier Hernández García, Ricardo Bodas Martín, Inmaculada Montalbán Huertas, Carlos Gómez Martínez, Félix Azón Vilas, José María Fernández Seijó e Iñaki González Vega.
También en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. : “La reforma del acceso a la Carrera Judicial”, localizable en: http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%C3%B3mez+mart%C3%ADnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial+, a fecha de agosto de 2010.

de los procesos selectivos. No es posible diseñar los procesos selectivos de los futuros jueces sin una previa reflexión sobre el contenido y fundamentos de la función judicial.

Andrés Ibáñez corrobora esta consideración, al expresar que la dimensión creativa del papel del intérprete-aplicador judicial del Derecho dista mucho de gozar de la atención explícita y constructiva que reclama su importancia en el plano de las consecuencias¹¹⁴.

Gómez Martínez¹¹⁵ ya apuntó las distintas perspectivas desde las cuales puede concebirse la función judicial:

“El propio desarrollo de sus funciones (por las funciones del juez) parece llevar en sí mismo la simiente de la regresión. La perplejidad con la que el juez contempla su propio futuro es explicable si pensamos que, en torno a la cuestión central de su relación con la norma jurídica, coexisten doctrinas científicas totalmente contradictorias: el positivismo y el realismo jurídico.”¹¹⁶

Atienza¹¹⁷ sintetizó de una forma más nítida los distintos modelos de jueces que se pueden deducir del Derecho comparado y de las amplias funciones que en la actualidad debe asumir un juez. En este sentido, distingue entre dos modelos de juez ideales que operan en los diversos sistemas jurídicos de los Estados constitucionales y que se corresponden, a su juicio, con dos características concepciones del Derecho: la formalista y la realista. Así, el *juez formalista* se caracterizaría por asumir que:

¹¹⁴ Perfecto Andrés repara en el escasísimo interés institucional por el asunto de la interpretación y sus problemas, que evidencia el programa rector del acceso a la función judicial. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., BACH FABREGÓ, R., YLLANES SUÁREZ, J. P. *Derecho y Proceso Penal*. Thomson aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2007. Introducción. Prólogo de Perfecto Andrés. Pág. 11.

¹¹⁵ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “Perfil de las profesiones jurídicas. Los retos del juez del siglo XXI: su formación”. *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*. Nº 53. Septiembre 2001. Págs. 19-32.

¹¹⁶ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “Perfil de las profesiones jurídicas. Los retos del juez del siglo XXI: su formación”. *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*. Nº 53. Septiembre 2001. Pág.21.

¹¹⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Virtudes judiciales”. *Claves de la razón práctica*. Nº 86. 1998. Págs. 32-42. En este artículo Atienza valora como adecuado el sistema de oposiciones actual, aunque constatando que el modelo de juez que se entrevé del temario de las oposiciones y en los planes de estudios y de formación de la Escuela Judicial no es satisfactorio, formulando distintas propuestas: la posibilidad de que se otorgue algún valor a la experiencia en la Judicatura o al prestigio obtenido en el ejercicio de alguna otra profesión jurídica, que se fortalezca el papel de la Escuela Judicial, otorgándole una función selectiva, o que se introduzcan en el programa temas relativos a la teoría contemporánea del Derecho, relativos a la interpretación, argumentación o ética jurídica.

- a) El Derecho es un sistema general de normas, que tiende a identificarse con la ley, que es vista como un producto del legislador racional.
- b) El Derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso. El juez ha de desarrollar los conceptos creados por el legislador ante los supuestos que no estén regulados explícitamente.
- c) La función del juez es la de descubrir el Derecho y aplicarlo a los casos que ha de enjuiciar, pero no la de crear Derecho.

El modelo de *juez realista* Atienza lo caracteriza por asumir que:

- a) El Derecho es una realidad dinámica, más obra del juez que del legislador.
- b) El Derecho tiene un carácter abierto e indeterminado: el juez no puede realizar su tarea sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral.
- c) La función del juez, en un aspecto importante, consiste en crear nuevo Derecho, y no simplemente en aplicar el ya existente.

9. LA SUPERACIÓN DEL MODELO "ESPONTÁNEO" DE JUEZ

La necesidad de determinar el modelo de juez que se pretende formar desde una perspectiva jurídica se deduce de las reflexiones que sobre el modelo de juez se contienen en los nuevos planes docentes de la Escuela Judicial. Así, el Plan Docente correspondiente al bienio 2011-2013, acogiendo las propuestas formuladas en el trabajo titulado “Metodologías y Evaluación de la Formación Judicial”, anteriormente aludido, reproduce en su literalidad lo contemplado en el punto 5 del citado documento, indicando que:

“El perfil profesional del juez presenta la peculiaridad de no venir determinado directamente por las necesidades del mercado o de la sociedad, al menos no totalmente, sino por la Constitución y la ley... Este conjunto normativo define un marco general interpretable sobre el que convergen distintas posiciones ideológicas, propias de una sociedad plural, dando así lugar a distintos modelos de juez, entre los que se dan las lógicas discrepancias. Sin embargo, las diferencias pueden no ser

tantas si, en lugar de partir de la idea general de juez, se parte de las necesidades que impone la realidad (legal y social) en la que el juez o la jueza ha de desenvolverse.

Por ello, en la definición de las competencias que han de ser tenidas en cuenta como resultado del aprendizaje del futuro juez/a se considera conveniente no partir deductivamente del marco general normativo sino, al contrario, inducir dichas competencias de datos sobre necesidades sentidas por la sociedad o los profesionales del derecho..."¹¹⁸

Las referencias reproducidas sobre el modelo de juez son ciertamente ambiguas. En primer lugar, porque se considera que el criterio que delimita los distintos modelos de jueces es el de la ideología, y no los criterios científicos o jurídicos, propios de la epistemología del Derecho.

La paradoja del texto que analizamos es llamativa, pues - tras mencionar que existen distintos modelos de juez, clasificables conforme al criterio ideológico- se indica que existe una "idea general de juez", idea que ni se define ni se explicita mediante criterio alguno, de forma que dicha idea general de juez se considera transparente y, en consecuencia, queda a la libre imaginación del lector. Por ello, nos encontramos en el ámbito institucional con la paradoja del *modelo espontáneo de juez*, que ni se define ni se conceptúa, aunque se sobreentiende que es único y universal, por lo que no se plantea desde las instituciones docentes la posibilidad de delimitarlo y precisarlo.

En tercer lugar, se parte de la consideración de que el modelo de juez que se ha de conformar en la formación inicial de los nuevos jueces y, por tanto, los objetivos a conseguir en la formación de los mismos, han de estar determinados en su totalidad por las necesidades sociales y de los profesionales. Pero, entendemos, el objeto de la investigación en el ámbito de la formación jurídica no debe estar determinado sólo por las necesidades sociales, sino también por la existencia de fenómenos o problemas que puedan plantearse específicamente en la práctica o en la docencia del Derecho, pues la Ciencia del Derecho no sólo ha de ser prescriptiva, sino también explicativa de realidades o problemas que se plantean en la formación de los juristas y de los jueces, en particular.

¹¹⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Competencias profesionales y Escuela Judicial (una aproximación a las competencias profesionales en el programa de formación inicial de la Escuela Judicial)". Documento del curso del Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Barcelona los días 11 y 12 de noviembre de 2010, bajo el título "Metodologías y evaluación de la enseñanza de la función judicial". Barcelona. 2010. Punto 5 del documento. Página 4 del Plan Docente de la Escuela Judicial 2011-2013.

Por todo ello, y a la vista de la situación que existe en la doctrina sobre esta materia, anteriormente aludida, se concluye la necesidad de introducir un estudio científico desde la perspectiva de la epistemología jurídica para contribuir a analizar los fundamentos desde los cuales enfocar la formación de los jueces y que residencie el debate sobre esta cuestión en el ámbito científico.

10. CONCLUSIONES

La doctrina española, desde la promulgación de la Constitución y a la luz de la regulación legislativa, ha pretendido desarrollar ampliamente y cuestionar los criterios desde los cuales ha de configurarse la formación y selección de los jueces. Las aportaciones existentes en esta materia son muy heterogéneas, pues valoran parámetros sumamente dispares para fundamentar sus consideraciones y críticas sobre los actuales procesos formativos, tal y como hemos puesto de manifiesto en el desarrollo del presente capítulo.

Los autores que enfatizan el perfil moral o ético del juzgador no precisan las características propias que, desde una perspectiva jurídica, debería tener el prototipo de juez al que aluden, pues las cualidades éticas que resaltan de los jueces podrían predicarse respecto de los integrantes de cualquier otra profesión, sea o no jurídica, que exija el desempeño de habilidades intelectuales o de cualesquiera otras. Desconectan la figura del juez tanto de sus funciones como de la propia naturaleza jurídica de las mismas. Por ello, son claramente insuficientes para diseñar un perfil jurídico de juez que oriente un adecuado diseño de los procesos de selección y formación de jueces.

Las aportaciones que se centran en la salvaguarda de la independencia de los jueces o del Poder Judicial en el diseño de los procesos selectivos soslayan las peculiaridades propias y específicas del contenido de la función jurisdiccional. Por ello, también son incapaces de fundamentar un concreto proceso de formación y selección para los jueces, pues, más allá de resaltar la necesidad de que la organización de los procesos selectivos se guíe por los criterios de capacidad, mérito, imparcialidad e igualdad, no aportan elementos adicionales precisos para configurarlos desde una perspectiva epistemológica jurídica.

La relevancia del bagaje cultural del juez, destacado por otras aportaciones doctrinales, suscita numerosas dudas. Fundamentalmente, qué ámbitos concretos de la realidad (social, económica, política o cultural) son los que ha de conocer el juez y para el desarrollo de qué funciones determinadas sería deseable dicho conocimiento. Además, desde estas posiciones tampoco se avanza en la definición del perfil jurídico de juez, dado que no se concretan ni se identifican las facetas jurídicas que ha de desarrollar el juez ni en qué medida serían precisos los conocimientos vitales o culturales que resaltan para su adecuado ejercicio.

Los documentos que contemplan las diferentes competencias profesionales de los jueces, aunque facilitan una comprensión conjunta de la pluralidad de facetas que han de asumir aquellos en su ejercicio profesional, no delimitan con claridad y precisión el modelo de juez que, desde la epistemología del Derecho, pretenden configurar.

Los trabajos que se han centrado en la dimensión jurídica de la función jurisdiccional, ciertamente, indican la necesidad de que los procesos selectivos se adecúen a las funciones específicas de los jueces, lo que conlleva la valoración en aquellos de la capacidad de argumentación de los aspirantes, así como aspectos propios de la actividad interpretativa. Algunas de estas aportaciones también destacan la función promocional y de inclusión social que debe asumir la Carrera Judicial. Interesantes son, en este sentido, las aportaciones de Jiménez Asensio, Martínez Alarcón, Gómez Martínez, Saiz Arnaiz o Hernández García, quienes destacan distintos aspectos que deben ser, a su juicio, estimados en el diseño de los actuales procesos selectivos, como: la superación en el Derecho actual del legicentrismo, la cada vez mayor influencia de la jurisprudencia, la complejidad de los sistemas jurídicos (en su faceta nacional, inter o supranacional) y la dimensión constitucional del juez, dada la relevancia actual de los derechos fundamentales y de los principios y valores constitucionales.

No obstante, incluso aquellas aportaciones que son críticas con el actual sistema de selección, prestan una escasa atención a los fundamentos de epistemología jurídica en torno a los cuales fundamentar sus críticas al modelo actual, pues, en ocasiones, dedican más atención a la descripción concreta de las pruebas y fases del proceso que proponen que a la anterior cuestión. Es más, en la propuesta formulada desde la Fundación Antonio Carretero se suscita la necesidad de que se elabore un “perfil psicológico oficial” de juez

(para diseñar adecuadamente un test psicológico), sin incluir un cuestionamiento similar respecto del perfil jurídico de juez, como requisito previo para plantear un nuevo sistema de selección.

Asimismo, es destacable en algunas de estas aportaciones la falta de precisión conceptual con las que se aluden a las facetas jurídicas de los jueces o de la función jurisdiccional, que se denominan de forma heterogénea y vaga: “habilidad profesional”, “aptitudes aplicativas”, “cualificación técnica”, ... Incluyen criterios de valoración que se caracterizan en numerosas ocasiones por su acientificidad, por fundamentarse en prejuicios consolidados (la mayor parte de ellos de carácter ideológico) y por partir de estereotipos de jueces caracterizados de una forma muy difusa y ambigua y que se conciben de modo transparente como el único modelo de juez admisible o existente. Por ello, los aspectos que resaltan los distintos autores estudiados del tipo de juez que formulan están definidos en términos muy genéricos. Tampoco contribuye a clarificar la situación los postulados que conforman los planes docentes de la Escuela Judicial española, que resaltan el criterio ideológico como el delimitador de los diferentes modelos de juez, el cual no llega a ser concretado de forma precisa.

En todo caso, a pesar de las divergencias que los propios autores afirman que existe en nuestra doctrina sobre el modelo de juez, todos ellos resaltan la relevancia de la Constitución, de los principios y valores constitucionales y de los derechos fundamentales. Sin embargo, no concretan hasta qué punto o en qué medida pueden los mismos estar presentes en la labor interpretativa del juez o en su concepción del Derecho. Ello se trasluce en la discrepancia que mantienen sobre la finalidad de la función judicial, respecto de la cual unos postulan que no incluya proyectos u objetivos sociales en aras al mantenimiento de la imparcialidad judicial (Quintana Carretero o Chamorro González), mientras que otros la concebirían como un pilar del cambio social (Gómez Martínez, Jiménez Villarejo, Saiz Arnaiz o Hernández García).

Discutibles o controvertibles son, desde la teoría del Derecho, muchos de los presupuestos o postulados incluidos en las aportaciones analizadas: qué relevancia tienen los principios, valores y los derechos fundamentales en los procesos de interpretación; en qué términos y ámbitos los jueces pueden crear derecho; qué facetas de la argumentación son las que deben desarrollar los futuros jueces; qué valoración pueden ostentar los

estudios doctrinales en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; en qué medida es suficiente el dominio de la legislación para el ejercicio de la función judicial; la relación entre discrecionalidad judicial y el decisionismo o autoritarismo judicial; o la fuerza vinculante del precedente. No facilitan muchos de estos autores, en suma, una fundamentación jurídica amplia y precisa de sus postulados que les hagan valedores de sus posiciones.

Los interrogantes que se suscitan desde el examen de estas aportaciones y sobre el modelo de juez que, desde las instituciones docentes, se promueve generan la necesidad de examinar los fundamentos jurídicos de los actuales procesos de formación de los jueces en España, con el objeto de elaborar unos planes docentes y configurar unos procesos selectivos que respondan a los parámetros jurídicos desde los cuales se pretenda concebir la función jurisdiccional, en su vertiente eminentemente jurídica. Así, si se parte de la consideración de que los nuevos jueces han de dominar aspectos propios de interpretación y de la argumentación, será necesario precisar en qué términos y bajo qué criterios han de ser desplegados, con independencia de las vías de acceso que existan o de las pruebas que en el seno de las mismas se diseñen.

En suma, en la línea propuesta por Sarmiento Laurri o Laporta, con carácter previo al diseño de un concreto proceso de selección de jueces, es necesario precisar el modelo de juez que se pretende formar desde las instituciones. Sin embargo, esta cuestión no ha merecido una suficiente atención en las reflexiones que sobre la formación y selección de los jueces se han efectuado en la doctrina española, como se constata en las continuas referencias que distintos autores expresan sobre la ausencia de investigaciones sólidas en la materia de la docencia del Derecho y, más concretamente, en el de la formación de los jueces. Las aportaciones analizadas, incluso, parten de la aceptación acrítica de que el modelo de juez desde el cual cada autor o institución enfoca la formación judicial es único, claro y nítido para todos, lo que impide, a su vez, avanzar en investigaciones ulteriores sobre la materia. Por todo ello, y a la vista de la situación que existe en la doctrina sobre esta materia, anteriormente aludida, se concluye la necesidad de introducir un estudio científico desde la perspectiva de la epistemología jurídica para contribuir a analizar los fundamentos desde los cuales enfocar la formación de los jueces y que residencie el debate sobre esta cuestión en el ámbito científico.

En consecuencia, tras contextualizar los procesos de formación y selección en la reciente historia española -con el objeto de conocer la evolución y criterios que han guiado los mismos hasta la actualidad- y profundizar en los estudios que sobre esta materia se han desarrollado en la doctrina española (los cuales justifican, a la vista de su contenido, la necesidad de iniciar un estudio más amplio, desde la epistemología del Derecho, de la cuestión relativa a la formación y selección de los jueces en nuestro país), procederemos a elaborar diversos modelos de juez que parten de diferentes concepciones del Derecho. Dichos modelos serán utilizados como instrumento de análisis epistemológico en los capítulos posteriores.

Tras ello, precisaremos algunas peculiaridades que, tanto en el ámbito de las fuentes del Derecho como en el de la interpretación y la argumentación, están presentes y son debatidas en el contexto del Derecho y de la doctrina española, al objeto de contextualizar en nuestra cultura jurídica los aspectos tratados en el capítulo cuarto, dedicado a los modelos de juez.

Estos estudios previos permitirán profundizar y analizar, empleando como instrumento de análisis los modelos de juez anteriormente aludidos, los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia que actualmente se desarrolla en España y precisar la concepción o concepciones del Derecho y el modelo o modelos de interpretación y de argumentación a los que responde.

Finalmente, examinaremos y analizaremos epistemológicamente los actuales procesos de selección y de formación de juez en España, utilizando para ello, una vez más, los modelos juez aludidos anteriormente. El contraste entre el resultado de este estudio y las conclusiones inferidas del examen de la jurisprudencia permitirá -a su vez- precisar en qué medida los procesos selectivos vigentes responden a la problemática y a los retos que se suscitan en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Todos estos estudios los sintetizaremos en las conclusiones de este trabajo de investigación, considerando que, desde estas aportaciones, podremos progresar en el establecimiento de criterios científicos para la conformación de los procesos de selección y formación profesional de la Judicatura.

CAPÍTULO 4

DIFERENTES CONCEPCIONES DEL DERECHO:
MODELOS DE JUEZ DERIVADOS DE LAS MISMAS

1. INTRODUCCIÓN

Son constatables las continuas modificaciones que han sufrido en España los procesos de formación de jueces desde la promulgación de la Constitución de 1978. El estudio desarrollado en el capítulo 2 así lo corrobora. Dichas reformas han obedecido más a circunstancias coyunturales, ajenas a la propia función judicial, que a una reflexión sólida y profunda sobre el modelo y el tipo de juez que, desde el Derecho, se pretende potenciar en la Carrera Judicial española. Los dispares criterios mantenidos por la doctrina en torno a los procesos de selección ponen de manifiesto, asimismo, los prejuicios ideológicos que en numerosas ocasiones los sustentan, los cuales, en general, son corolario de sus deficiencias científicas y jurídicas. Prestan, por tanto, una escasa atención a los fundamentos de epistemología jurídica en torno a los cuales fundamentar sus críticas al modelo actual. En todo caso, del panorama doctrinal que sobre la formación de los jueces se ha esbozado en el anterior capítulo se constata la coexistencia en la doctrina española de concepciones de la función judicial sumamente heterogéneas que, combinando perspectivas y puntos de vista dispares para su análisis, se fundamentan en diferentes y distanciadas concepciones del Derecho.

Es por ello que cobra suma importancia el estudio de los fundamentos jurídicos de la función judicial, dado que los mismos condicionan los términos en los que se concibe la misma: sus límites, función y contenido. Desde tales bases será posible reflexionar sobre el modelo de juez que, desde el Derecho, se pretende desarrollar en nuestro país y, por ende, definir en términos más científicos y consensuados los criterios en función de los cuales se pretenden diseñar los procesos de selección y de formación de los integrantes de la Carrera Judicial. Dicha necesidad ha sido puesta de manifiesto por nuestra doctrina. En palabras de Ibáñez:

“... el modo de reclutamiento de los funcionarios judiciales es claramente tributario de un modelo de juez y de un determinado sistema de organización judicial. Cual-

quier política de las reformas que tuviera que darse en este terreno debería de ir precedida por la pregunta acerca de qué tipo de juez queremos.”¹

Dworkin también lo reseña claramente:

“...for the character of judges is a consequence of the theory of adjudication in force.”²

No obstante, a pesar de la necesidad reconocida de que el sistema de selección y formación de los jueces responda a un modelo de juez, no existe un desarrollo sólido en nuestra doctrina de este modelo. Ciertamente, numerosas aportaciones doctrinales aluden, como se ha expuesto en el anterior capítulo, al modelo de juez constitucional, referencia que también se incluye en los planes docentes de la Escuela Judicial, pero dicho modelo de juez no ha tenido una concreción precisa en el ámbito científico. Como reconocía Carmona:

“Entre nosotros se ha hablado de un modelo de juez constitucional, nunca definido, bajo el que latía la idea de un juez imbuido de los valores y de los principios fundamentales de libertad, de justicia, de igualdad y de pluralismo enunciados en el artículo 1º de la Constitución. Estas referencias a un modelo de juez constitucional no han llegado nunca a desarrollarse a través de propuestas concretas y tampoco a través de un modelo de formación capaz de conformarlo.”³

Esta situación justifica la metodología de investigación que pretendemos desarrollar en el presente trabajo. La evolución que se ha producido en el pensamiento jurídico sobre la concepción del Derecho, que, a su vez, se ha traslucido en concepciones de la interpretación y la argumentación dispares, ha tenido grandes consecuencias en la forma en que se ha configurado la función judicial a lo largo de la historia, pues desde esta variedad de doctrinas han surgido diferentes formas de concebir la función judicial y, por ende, diversos modelos de juez. El análisis de distintos modelos de juez será, precisamente, el objeto de estudio del presente capítulo. Pretendemos configurar diferentes modelos de juez que se corresponden, a su vez, con diversas *concepciones del Derecho*, noción -

¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y MOVILLA ÁLVAREZ, C. *El poder judicial*. Tecnos. Madrid. 1986. Pág. 109.

² DWORKIN, R. "Political judges and the rule of law". *A matter of principle*. Harvard university press. USA. 1985. Pág. 31.

³ CARMONA RUANO, M. “El papel de asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados. *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 38. 2000. Págs. 12-16. Cita incluida en la pág. 13.

ésta- con la que comprendemos el conjunto de respuestas a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho, como: cuáles son sus componentes básicos; qué se entiende por Derecho válido; cómo se trazan los límites entre Derecho y el no Derecho; qué relación guarda el Derecho con la Moral y con el poder; qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben –o pueden– alcanzarse con él; cómo puede conocerse el Derecho; de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; o cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho, entre otras⁴. De entre estas múltiples cuestiones, en este capítulo analizaremos, no obstante, aquellas más vinculadas al ejercicio de la función jurisdiccional.

Así, el objeto del presente capítulo es ofrecer una descripción de diferentes concepciones jurídicas que se han concebido en la historia de la teoría del pensamiento jurídico y, por ende, de diferentes modelos de la función judicial que se desprenden de ellos. Dichos modelos servirán como instrumento para desarrollar un análisis de nuestra práctica jurisdiccional y de los procesos de formación vigentes en la Carrera Judicial española.

Proponemos, en suma, la utilización de "conceptos tipo ideales"⁵, en el sentido de Max Weber, quien afirma que las ciencias sociales tienen por objeto los “fenómenos de la vida social” que pueden ser considerados como “individuos históricos”, en el sentido que evolucionan históricamente junto a la cultura y al cambio de valores sociales⁶. Cita, como ejemplos, la “ética calvinista”, el “espíritu capitalista”, el “feudalismo occidental”, el “artesanado” y el “imperialismo”, entre otros. Todo "concepto-tipo ideal" se construye como concepto abstracto de un fenómeno que nos representamos (mediante una conjetura) como realidad persistente en el flujo del acontecer y que, pretendemos, será útil para analizar un conjunto de hechos empíricos, para explicarlos de manera racional y para relacionarlos con otros fenómenos.

⁴ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. Págs. 19-24.

⁵ El adjetivo “ideal” no indica ningún tipo de perfección, esencialidad ni valoración. Tiene que ver, exclusivamente, con la función puramente lógica, de modelo, que el “tipo ideal” cumple. En este sentido, Weber indica que: “Vaya por delante que hay que mantener alejada de esta construcción mental -que es ideal en un sentido puramente lógico- la idea de *deber ser* o de *modelo*”. WEBER, M. *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Alianza Editorial. Madrid. 2009. Pág. 145.

⁶ WEBER, M. *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Alianza Editorial. Madrid. 2009. Págs. 141 y sigs.

Weber postula que toda disciplina científica tiene necesidad de construir “tipos ideales” de conceptos que funcionan como “conceptos límites” o conceptos “ideales”. Estos *tipos ideales* están caracterizados teóricamente, pero no son copias de los hechos empíricos. Esto es, no existen en estado puro en la realidad histórica. Podemos interpretarlos como modelos y, como tales, tienen una función metodológica, heurística, puesto que sirven para compararlos (o contrastarlos) con la realidad empírica, históricamente existente.

Como en todo proceso de modelización científica, es importante no confundir el sistema empírico modelizado, que siempre es infinitamente complejo, con el modelo, cuya función no es copiar el sistema sino producir conocimientos sobre el mismo. En este sentido, la construcción de los “tipos ideales” y su contrastación empírica forma parte fundamental de las técnicas de investigación científica:

"El tipo ideal es una imagen mental, que no es la realidad histórica ni la realidad auténtica ni, mucho menos, un modelo en el que la realidad tuviera que ser encajada como un ejemplo. Es una imagen mental que funciona como un concepto límite completamente ideal con el que se mide o se compara la realidad para esclarecer determinados elementos significativos del contenido empírico de ésta."⁷

Es, precisamente, la comparación entre el tipo ideal (el modelo construido) y la realidad empírica (la contingencia histórica), la que proporciona la posibilidad de formular hipótesis explicativas relativas a los hechos empíricos y a su relación con otros fenómenos. Parafraseando a Weber, postulamos que la definitiva determinación de un "concepto-tipo ideal" no puede darse al principio, sino al término de una investigación:

"...sólo en el curso de la investigación y como resultado esencial de la misma, quedará clara cuál es la mejor manera de formular ... lo que entendemos por espíritu del capitalismo... cuando se trata de fijar un objeto mediante su análisis e interpretación histórica no se le puede definir de antemano; lo más que puede hacerse es intentar una anticipación a modo de descripción provisional del mismo..."⁸

En el presente supuesto, como hemos explicitado, para la construcción de los "tipos ideales" de jueces nos fundamentaremos en diferentes teorías jurídicas que proyectan di-

⁷ WEBER, M. *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Alianza Editorial. Madrid. 2009. Pág. 148.

⁸ WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Ediciones Península. Barcelona. 2001. Págs. 41, 42.

ferentes concepciones del Derecho y, por ende, de la interpretación y de la actividad argumentativa. Evidentemente, los modelos de juez contruidos parten sólo de algunas teorías de la filosofía del Derecho. No se integran en este capítulo todas las teorías jurídicas, pero sí las que se considera mantienen una mayor influencia en el pensamiento jurídico actual. Se han seleccionado para este análisis: los fundamentos propios de la Escuela de la Exégesis; relevantes representantes del positivismo jurídico (Kelsen y Hart, que se consideran los modelos de positivismo más extendidos entre los autores españoles⁹), pasando por el realismo jurídico, hasta concluir con un representante relevante de las teorías principialistas, que propugnan la plenitud o completitud del sistema jurídico (Dworkin).

Utilizaremos los siguientes parámetros para el estudio de las diferentes teorías:

- Antecedentes y contexto.
- Concepción del Derecho y, en consecuencia, los elementos que utiliza cada teoría para identificar el ámbito del Derecho.
- Fuentes del Derecho.
- Relación entre el Derecho y la Moral.
- Criterios bajo los que se enfoca la interpretación del Derecho y, en su caso, la posible discrecionalidad existente en esta actividad.
- Consecuencias que cada teoría asume en el ámbito de la argumentación.
- Repercusiones que se derivan desde cada teoría para el contenido y modo de ejercicio de la función judicial, donde se incluyen, a su vez, referencias relativas a las fuentes del Derecho, Moral, interpretación, discrecionalidad y argumentación.

No obstante, con carácter previo, será preciso clarificar los conceptos de norma, sistema jurídico, interpretación jurídica, argumentación y aplicación del Derecho.

⁹ BARRANCO AVILÉS, M. del C. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid. 2000. Pág. 192.

2. TERMINOLOGÍA UTILIZADA : BREVE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

2.1. Normas: reglas y principios.

Dentro del concepto de “norma”¹⁰ comprenderemos tanto las reglas (que conforman el Derecho positivo) como los principios. Como indica Ruiz Ruiz¹¹, la distinción entre normas y principios ha sido una de las cuestiones más discutidas en la teoría del Derecho de las últimas décadas, incluso en la doctrina española¹², sobre todo tras la influencia que ha desplegado la obra de Dworkin. Las teorías que analizaremos, de hecho, muestran una gran disparidad de criterios sobre esta cuestión.

Han sido múltiples los criterios a los que la doctrina ha recurrido para distinguir las reglas de los principios:

- a. Unos sectores sostienen la tesis de la conformidad, en virtud de la cual no admiten distinción alguna entre principios y reglas (Hernández Marín¹³ se podría incluir en este grupo).
- b. En la tesis débil de separación podemos distinguir dos posiciones:
 - b.1. Una primera, según la cual sólo existirían diferencias de grado entre los principios y las reglas (relativas a su fundamentalidad, generalidad, abstracción,...);

¹⁰ El concepto de norma no será objeto de análisis detenido en el presente trabajo. Ciertamente, numerosos autores defienden que la norma surge tras el proceso de interpretación. Sería el caso del realismo jurídico norteamericano o de Guastini. GIMENO PRESA, M.C. “Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Riccardo Guastini.” *Revista doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 23. 2000. Págs. 689-708. Más ampliadas estas cuestiones, en la obra de GUASTINI, C. *Produzione applicazione del diritto. Lezione sulle “prelegi”*. Torino. Giappichelli. 1987.

¹¹ RUIZ RUIZ, R. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. *Urbe et ius*. Nº 20. Abril de 2007. Localizable en: http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf, a fecha de julio de 2011.

¹² Muestra de las discusiones doctrinales al respecto es el artículo de ATIENZA, M. “Objeciones de principio. Respuesta a Alexander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 12. 1992. Págs. 333-352.

¹³ HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Marcial Pons. Madrid. 1998. Así, afirma: “... los principios jurídicos o los principios generales del Derecho son cuasiconceptos o cuasiproposiciones... Son cuasientidades y, por tanto, entidades ideales...”. Págs. 91-93.

- b.2. Otra segunda considera que la diferencia en la tipología de las normas entre reglas y principios es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos. En este grupo incluiríamos a Hart, Bobbio, Guastini o Comanducci.
- c. Por último, los autores que postulan una distinción fuerte entre principios y reglas, según la cual la distinción es cualitativa, de forma que toda norma es una regla o principio de forma excluyente y exhaustiva. Los que mantienen esta distinción entienden que la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación, argumentación y aplicación de principios y reglas. Alexy¹⁴, Dworkin o Atienza¹⁵ se incluirían en este grupo¹⁶.

En el presente capítulo aludiremos a los principios en el contexto propio de cada una de las teorías, asumiendo las discrepancias que cada una de ellas mantiene sobre la concepción de aquellos.

2.2. Sistema jurídico y orden jurídico.

Por otra parte, en la línea sostenida por Bulygin¹⁷, diferenciamos entre sistema jurídico y orden jurídico, distinción que nos permite ilustrar el sentido dinámico del Derecho:

¹⁴ Para Alexy los principios han de ser considerados como normas, al igual que las reglas, en la medida en que establecen lo que es debido, pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, permiso y prohibición y son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Págs. 64 y 65.

¹⁵ Véase: ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel Derecho. Barcelona. 1996. También, entre otros muchos artículos: ATIENZA, M. y RUIZ MARNERO, J. "Sobre principios y reglas". *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 10. 1991. Págs. 101-120.

¹⁶ GARCÍA FIGUEROA, A. "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho". *Diritto y questioni pubbliche*. Nº 3. 2003. Pág. 201. También en COMANDUCCI, P. "Principios jurídicos e indeterminación del derecho". *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 89-104.

¹⁷ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. "Tiempo y validez". *Análisis lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pág. 197.

- a. Usaremos el término sistema jurídico (o Derecho positivo) para referirnos al conjunto de normas jurídicas vigentes o válidas en un determinado momento conforme a algunos criterios de pertenencia (“sistemas normativos momentáneos”), en contraposición con el orden jurídico.
- b. El orden jurídico comprendería la secuencia de distintos sistemas jurídicos (momentáneos) que se suceden respectivamente en sucesivos momentos, confiriendo unidad e identidad a aquellos.
- c. El término Derecho comprendería, no sólo a los sistemas normativos que se van sucediendo en el Estado, sino también al conjunto de principios y valores que, dentro de cada sistema, lo conforman y legitiman.

No obstante esta clarificación conceptual, cuando nos refiramos a una obra o doctrina concreta de algún autor (Kelsen, Hart, Dworkin, ...) emplearemos estos conceptos en las acepciones admitidas por cada uno de estos juristas, aunque no se identifiquen con las que acabamos de exponer.

2.3. La interpretación jurídica.

Han sido múltiples los criterios utilizados por la doctrina para delimitar el concepto y los tipos de interpretación. Siguiendo a Lifante Vidal¹⁸, podemos clasificar la interpretación en función de múltiples criterios. Según el objeto a interpretar se diferencia entre la *interpretación sensu largísimo*, que se da cuando se trata de la comprensión de cualquier objeto en tanto que fenómeno cultural, mientras que la *interpretación sensu largo* se refiere únicamente a la interpretación desarrollada sobre entidades lingüísticas.

También podemos distinguir entre *interpretación-proceso* e *interpretación-producto*. La primera haría referencia a la actividad de decidir, proponer, descubrir o prever el significado a un objeto y la segunda aludiría al resultado o producto de dicha actividad. En el presente trabajo nos referiremos a la interpretación como proceso, describiendo cómo se concibe la actividad interpretativa desde cada concepción del Derecho, así como a la interpretación como producto, pues los resultados de cada una de las teorías,

¹⁸ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 27-51.

en función de sus posiciones dogmáticas, implican diferentes consecuencias (la existencia o no de discrecionalidad, la consideración de que existe una única o múltiples soluciones para cada supuesto de hecho dado, ...).

En función de los sujetos que interpretan también se ha diferenciado entre interpretación: judicial, operativa, doctrinal, auténtica, etcétera. En este trabajo nos referiremos a la interpretación teórica que postula cada teoría para, posteriormente, delimitar las consecuencias que desde sus posiciones se deducen para la interpretación judicial.

Otra distinción relevante, a los efectos de este trabajo, será la clasificación que, partiendo de la doctrina de Tarello¹⁹, se puede efectuar en función del objeto de la interpretación jurídica, que entendemos se incardinaría, a su vez, en el ámbito de la *interpretación-proceso*. Así, según este criterio, podemos distinguir entre la “interpretación de la ley” y la “interpretación del Derecho”. La primera, entendiendo el término “ley” en sentido amplio, alude a la interpretación que se desarrolla tanto sobre las normas legisladas que gozan de autoridad como, incluso, sobre otras fuentes del Derecho, como la costumbre o la jurisprudencia. Se referiría a la actividad consistente en la aclaración del significado de una expresión contenida en una disposición jurídica concreta.

La *interpretación del Derecho*, por otra parte, haría referencia a la operación de encontrar la regulación jurídica para un determinado comportamiento o realidad fáctica. Esta actividad es más compleja que la mera atribución de un significado a un documento que contiene una norma concreta, pues incluye, además de las actividades de individualización de un segmento del discurso legislativo, la atribución a este segmento de significado, la resolución de antinomias, la integración de la ley, la ponderación de diferentes normas, etcétera. Se trataría a través de esta actividad de encontrar una regulación jurídica, una respuesta desde el Derecho a un determinado suceso o conflicto que se intenta resolver. Esta actividad incluiría, pues, la realización de unas operaciones argumentativas amplias y complejas, previas a la aplicación de una norma a un supuesto dado.

En el presente capítulo utilizaremos un concepto flexible de interpretación, en la línea de la doctrina tradicional. Así, y sin perjuicio de los términos en los que cada teoría

¹⁹ TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*. Dott. A. Giuffrè editore. Milano. 1980. Citado por LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 27-51.

conciba la actividad interpretativa, admitimos la posibilidad de que, dentro del concepto interpretación se incluyan, no sólo aquellas cuestiones que implican la resolución de problemas lingüísticos o semánticos, sino también a toda actividad que, a través del análisis de las normas y los principios del Derecho, pretenda también otras operaciones, como la identificación de las fuentes del Derecho válidas, la llamada sistematización del Derecho o la construcción en sistema de las normas jurídicas, que, a su vez, requiere otras operaciones distintas, como la integración del Derecho (en el caso de las lagunas), la solución de antinomias o la exposición “sistemática” (es decir, coordinada) de la disciplina jurídica de una determinada materia²⁰. Y ello aun considerando que esta acepción amplia del término interpretación no es compartido por toda la doctrina²¹. Así, Guastini ha señalado que, aunque la doctrina tradicional engloba estos supuestos como problemas de interpretación, en sentido estricto no lo serían, ya que las lagunas y las antinomias son características del sistema jurídico, entendido como sistema de normas. Es decir, tanto las lagunas como las antinomias se presentan cuando ya ha tenido lugar la interpretación. Estas últimas actividades se incluirían en lo que Guastini denomina actividad integradora del Derecho.

El concepto de interpretación, aun en el sentido amplio que hemos asumido, se diferenciaría del proceso de aplicación del Derecho, pues este último, más extenso, incluiría también un conjunto de operaciones que comprendería la interpretación misma, así como la fijación de los hechos y la decisión de la controversia. Comprendería, por tanto, la aplicación del esquema argumentativo procedente (subsuntivo, finalista, ...) y la posible aplicación de la lógica al razonamiento jurídico²². La interpretación terminaría con el establecimiento de las premisas normativas del caso. El paso a la conclusión pertenecería a la

²⁰ GUASTINI, R. “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. VV. AA. Cossío y Rodolfo Vázquez, J.R. (coord.). Fontamara. 2006. Pág. 26.

²¹ RÓDENAS, A. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 24. 2001. Págs. 63-84. También en GIMENO PRESA, M.C. “Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Riccardo Guastini”. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 23. 2000. Pág. 695.

²² RUIZ MIGUEL A. “Sobre la creación judicial del Derecho”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1985. Págs. 47-55.

actividad aplicativa²³. La aplicación, como refiere Guastini, no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva²⁴.

2.4. Jurisprudencia.

Emplearemos como sinónimos los términos jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente, pese a la existencia de autores que mantienen su distinción²⁵, entendiéndolo por estos conceptos el conjunto de doctrina inferida de las sentencias de los Tribunales que conocen en segunda o ulterior instancia de un litigio, estableciendo los criterios para interpretar las diferentes fuentes del Derecho. Su valor y naturaleza será analizada más detalladamente en el siguiente capítulo de este trabajo.

2.5. Argumentación.

Por lo que respecta a la argumentación, y siguiendo a Atienza²⁶, se pueden diferenciar tres concepciones de la misma: la formal, la material y la pragmática. En esta última, lo que se valora es, esencialmente, el efecto que produce la argumentación en los terceros y las circunstancias, los roles y las acciones de quienes argumentan. La argumentación, desde este sentido, es necesariamente una acción social. De estas concepciones de la argumentación, en este capítulo nos centraremos en las dos primeras, la material y la formal, dada la relevancia que ambas mantienen en el razonamiento jurídico utilizado por los jueces en sus resoluciones.

²³ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 27-51. Lifante Vidal alude aquí a uno de los sentidos del término interpretación señalado por Guastini (GUASTINI, R. *Dalle fonti alle norme*. G. Giapichelli editore. Torino. 1990).

²⁴ GUASTINI, R. "La interpretación: objetos, conceptos y teorías". *Interpretación jurídica y decisión judicial*. VV. AA. Cossío y Rodolfo Vázquez, J.R. (coord.). Fontamara. 2006. Pág. 26.

²⁵ Véase NIETO, A. "Visión Doctrinal de la jurisprudencia". *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. En Samper Juen, J. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Pág. 111.

²⁶ La argumentación será analizada siguiendo a ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. También en ATIENZA. "Argumentación y Constitución". Localizable en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf, a fecha de septiembre de 2012.

2.5.1. La concepción formal de la argumentación.

La argumentación formal se centra en el estudio formal de los razonamientos vistos como inferencias. Esta concepción de la argumentación se centra en la forma de los argumentos, prescindiendo de su contenido. Valora, por tanto, la forma en la que los jueces construyen las premisas y las razones que deben servir de justificación a sus decisiones.

Desde esta perspectiva se distingue entre argumentos, esquemas argumentativos, regla de inferencia y ley lógica. En este sentido, cada argumento puede encuadrarse en esquemas argumentativos. Tales esquemas resultan válidos en virtud de una regla de inferencia, o sea, de una proposición condicional. Finalmente, dicha regla se basa en una ley lógica, una ley que expresa una regularidad, una verdad lógica. En base a estas consideraciones, Atienza²⁷ refiere como esquemas argumentativos más relevantes en el razonamiento judicial los siguientes: el esquema subsuntivo, el finalista y el de la ponderación.

El esquema subsuntivo se aplica ante una norma de acción, es decir, una regla que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción; además de una premisa normativa, el esquema contiene una premisa fáctica.

En el esquema finalista la premisa normativa viene conformada por una norma de fin, que señala la consecución de un objetivo, y en el que la premisa fáctica de la norma también contiene un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá, permitiendo todo ello al juez una mayor discrecionalidad.

La ponderación tiene lugar cuando dos principios entran en conflicto y sus supuestos de hecho se superponen parcialmente, existiendo entre ellos una antinomia, resolviéndose mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, arrojando como resultado un desplazamiento del principio de menor valor a favor

²⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010.

del que se considera superior en la jerarquía²⁸. Mientras que los conflictos en los que están implicadas las reglas han de resolverse por los criterios de validez (dimensión de validez), cualquiera que se admita, en los conflictos afectantes a los principios uno de ellos precede al otro, es decir, tienen diferente peso y prima el principio con mayor peso (dimensión del peso)²⁹.

El esquema propio de la ponderación comprende dos fases: en la primera se convierte el principio en norma; en la segunda, la norma creada se aplica según alguno de estos dos modelos: el subsuntivo o el finalista. En el primer modelo, frecuente en el razonamiento judicial, se pueden distinguir varios pasos. En un primer momento se constata que, ante una determinada situación, existen principios que tiran en direcciones opuestas y que necesitan algún tipo de ajuste. En una segunda fase se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen razones para ello. Finalmente, se construye una regla (de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base de la subsunción. Ello se elabora mediante la construcción de una taxonomía en la que se van estudiando casos genéricos y analizando las correspondientes reglas ínsitas en los mismos (el ejemplo de la novela en cadena ilustraría este proceso desde la teoría de Dworkin³⁰). Una vez concretada la regla de acción el siguiente paso sería la mera subsunción.

El segundo tipo de ponderación partiría de la consideración de que existe la necesidad de concretar un objetivo, si bien ello ha de efectuarse valorando cómo puede ello afectar al resto de los objetivos del sistema o a los límites fijados por los principios en sentido estricto. De este tipo de ponderación pueden resultar reglas de acción, reglas de fin o la obligación o autorización para emprender determinadas acciones. Esta ponderación, que conllevaría un amplio margen para la discrecionalidad, es más propia del legislador o de los órganos administrativos que de los jueces, pues este esquema no se efectúa a la vista de un caso concreto, sino bajo circunstancias generales no consideradas en el esquema.

²⁸ MORESO, J. J. “Conflictos entre principios constitucionales”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pág. 103. Sigue en esta línea a Ricardo Guastini (GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa. Barcelona. 1999).

²⁹ ALEXYS, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Págs. 70, 71.

³⁰ La obra de Dworkin será analizada más detenidamente en uno de los apartados del presente capítulo.

2.5.2. *La concepción material de la argumentación.*

Esta concepción de la argumentación valora, esencialmente, el contenido de los argumentos utilizados. Este enfoque está comprometido con el ámbito o la materia de la argumentación, de forma que esta visión da lugar a teorías de la argumentación distintas según se trate de la ciencia, de la moral, del Derecho e, incluso, según la rama del Derecho o la instancia jurídica (judicial, legislativa,...) de que se trate. Por otra parte, esta concepción no presta atención exclusivamente al resultado de la argumentación, dado que los propios argumentos y el contexto extralingüístico juegan un papel relevante. Justificar una decisión jurídica, desde esta visión, sería algo que no obedece en lo esencial ni a la estructura de la argumentación construida para ello, ni a los efectos que pueda tener en sus destinatarios. Depende de que, efectivamente, se ofrezcan razones del tipo apropiado.

Dentro del ámbito de la argumentación material se incluyen, así, todas las razones aducidas para fundamentar y justificar las decisiones adoptadas por los jueces, que comprenderían las razones extrasistemáticas (que no están incluidas en el sistema jurídico y que conforman las premisas fácticas de toda argumentación), las razones institucionales (como los principios institucionales, que hacen referencia a los valores internos del Derecho), las razones morales y, por último, las razones jurídicas. Dentro de éstas Atienza³¹ distingue entre enunciados de carácter práctico y no práctico. Estos últimos son razones que sirven para identificar otras razones: teóricas o prácticas. Pueden constituir el punto de partida de la argumentación o, por el contrario, ser el objeto de la argumentación, para el caso de que se argumente con el objeto de establecer una definición, como sucede cuando existen problemas de interpretación. A su vez, dentro de los enunciados de carácter práctico se encontrarían los valores y las normas (dentro de estas últimas se situarían, a su vez, las reglas y los principios).

Desde otro punto de vista, también podemos clasificar las razones que se pueden aducir para argumentar una decisión entre: razones explicativas -que pretenden dar cuenta del motivo o motivos por las que se adopta una determinada decisión- y razones justifica-

³¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. Págs. 203-212.

tivas -que están dirigidas a que la decisión adoptada sea aceptada o correcta³². Por tanto, hay que separar dos aspectos: explicar una decisión, que significa mostrar las causas, las razones, que permiten adoptar la misma; y justificar una decisión, que implica no sólo mostrar las razones que permiten llegar a una concreta decisión, sino presentar a la misma como aceptable y coherente con el sistema, en este caso, jurídico (o, más ampliamente, con el Derecho, en los términos en que se ha definido en el apartado 2.2).

En este ámbito también es preciso diferenciar entre el “contexto del descubrimiento” y el “contexto de la justificación”, distinción que fue introducida, inicialmente, por Reichenbach, componente del Círculo de Viena³³. El “contexto del descubrimiento” se refiere a los móviles psicológicos, al contexto social o a las circunstancias ideológicas que puedan llevar a un juez a dictar una determinada resolución, y el “contexto de la justificación”, comprendería las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. Para el primero caben estudios de tipo empírico. Para el segundo, el método jurídico³⁴.

Hay que concretar que la argumentación material comprende, en cierto sentido, la formal, pues es imprescindible el mantenimiento de cierta coherencia en el discurso argumentativo. En todo caso, es preciso reconocer que la concepción material constituye el núcleo de la justificación que llevan a cabo los jueces, pues:

“La obligación que el juez tiene de motivar una sentencia no se satisface simplemente mostrando que su decisión puede construirse siguiendo un esquema válido de acuerdo con la lógica deductiva...Y tampoco se satisface esa obligación mostrando que la decisión es aceptable para otros...Las sentencias deben estar motivadas conforme a Derecho, o sea, siguiendo criterios de racionalidad característicos de la teoría de las fuentes, de la teoría de la interpretación, de la validez, etc., que no pueden

³² MIRANDA ALONSO, T. *Argumentos*. Universidad de Valencia. Valencia. 2002. Pág. 75.

³³ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. VV. AA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Págs. 247-262. Más ampliamente se puede encontrar esta cuestión en REICHENBACH, H. *La filosofía científica*. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1967. Pág. 240.

³⁴ URSÚA, J.F. “Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 20. 2004. Págs. 255-275.

prescindir de la noción de verdad o de corrección (aunque sí de ponerles ciertos límites).³⁵

En conclusión, dentro de la argumentación incluimos no sólo los procesos de inferencia (argumentación formal), sino también las razones aducidas en la motivación judicial para sostener la eficacia, aplicabilidad y la interpretación de las normas jurídicas y de los principios insertos en el Derecho, así como los aspectos fácticos o extrajurídicos que influyen en la decisión judicial (argumentación material). La argumentación, así, incluiría los procesos elaborados en las resoluciones judiciales para interpretar los elementos jurídicos y extrajurídicos utilizados (premisas) en la resolución de los litigios y el razonamiento práctico, esto es, la construcción y confrontación entre sí de las razones hasta llegar a una determinada decisión. Por ello, la argumentación debe ser examinada desde una óptica mucho más amplia que la referida a los aspectos meramente lógicos, lo que ha sido puesto de manifiesto, por otra parte, por las teorías de la argumentación que se han desarrollado durante el siglo XX³⁶.

En el presente trabajo, no obstante, no nos centraremos en un estudio profundo sobre lo que ya Alexy denominó como la justificación interna de las decisiones jurídicas³⁷ (validez lógica de las inferencias y argumentos, la racionalidad del discurso y, en suma, el proceso a través del cual se justifican las decisiones judiciales), lo que ha sido desarrollado ampliamente por las teorías de la argumentación jurídica, pues entendemos que ello

³⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. Pág. 98.

³⁶ Atienza resalta dos momentos durante el siglo XX relevantes en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica. El primero vendría constituido por los años cincuenta, en los que se produce un gran resurgimiento de la aplicación de la lógica al Derecho, con las obras de distintos autores: *La Lógica jurídica* de Klug en 1951, el nacimiento de la lógica deóntica o lógica de las normas (destacables son, en este sentido, los trabajos de von Wright, el desarrollo de la tópica de T. Viehweg (*Tópica y jurisprudencia*. Ed. Taurus. Madrid. 1964), la nueva retórica de Ch. Perelman (*La lógica jurídica y la nueva retórica*. Editorial Civitas. Madrid. 1979) o la lógica operativa de Toulmin. Comparten entre sí estas teorías, según Atienza, el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. El segundo período se produce a finales de los años setenta, cuando se elabora el núcleo conceptual de lo que puede considerarse como la “teoría estándar de la argumentación jurídica”, que aparece expuesta en los trabajos de Wróblewski, Aléxy (*Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989), MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press. Oxford. New York. Oxford University Press. 1994), Peczenik y Aarnio. ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.

³⁷ ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

excedería el objeto de la presente investigación, sin perjuicio de que pudiera ser desarrollado por ulteriores trabajos en esta materia. Nos ceñiremos, esencialmente, al ámbito de la justificación externa, más vinculada con la consideración del tipo y validez de las premisas sobre las que ha de sustentarse la argumentación, introduciendo referencias relativas a los procesos y esquemas argumentativos a los que el juez ha de recurrir y, en cierta medida, a las conexiones que todo ello mantiene con la concepción del Derecho, la interpretación jurídica y la discrecionalidad judicial.

2.6. La Moral.

A los meros efectos de clarificar el uso que del término Moral realizaremos en el presente trabajo partiremos de la distinción que describe Pozzolo³⁸ entre cuatro tipos de Moral: *moral individual* (conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada uno tiene de lo que está bien y de lo que está mal), la *moral positiva* (que indicaría un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la práctica efectiva que un determinado grupo social mantiene del bien y del mal, entendido en el sentido de John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*). La *moral concertada* (conjunto de principios referidos al comportamiento humano, en relación a la idea que los integrantes de un grupo social tienen del bien y del mal). Dentro de esta moral se encuadraría la *moral crítica*, concebida como el conjunto de juicios éticos que serían expresados por el grupo social en condiciones ideales de omnisciencia y tranquilidad y sobre la base del principio de universalización. El último tipo de Moral sería el *universal*, como conjunto de principios referidos al comportamiento humano justos en sí mismos, sin relación con lo que los seres humanos creen que sea el bien y el mal.

³⁸ POZZOLO, S. “Un constitucionalismo ambiguo”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Págs. 196-198. También en: CAJICA LOZADA, G. “Algunos conceptos, distinciones y aspectos interesantes en la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”. *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*. N° 3. Págs. 121-134.

3. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

3.1. Antecedentes y contexto.

El positivismo surge paralelo al proceso de codificación que se desarrolla en Europa a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. Fue desarrollado en un primer momento por la Escuela de la Exégesis (1830-1880), que concebía al juez como la “boca muerta que pronuncia las palabras de la ley”³⁹. El nombre de la Escuela de la Exégesis se ha acuñado para englobar a los juristas franceses que, a lo largo del siglo XIX, analizaron y estudiaron el Código de Napoleón⁴⁰. Y si bien la Escuela de la Exégesis es propia de Francia su método sirvió de modelo para otros Estados, surgiendo nuevos exégetas a medida que se difundía el movimiento codificador por Europa.

Esta corriente doctrinal proviene de los principios propios del iluminismo y de la Ilustración, en concreto, de su vertiente contractualista, recogida por las declaraciones americana y francesa (Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia de 1776 y Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Los ilustrados, que precedieron a este movimiento jurídico, preconizaban los nuevos postulados de esta corriente, pretendiendo legitimizar la ley como fuente suprema del Derecho. Como refería Montesquieu, “la ley es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos”⁴¹.

Influenciada está, asimismo, esta corriente doctrinal por el iusnaturalismo racionalista. El Racionalismo supuso una auténtica conmoción intelectual. Secularizó el conocimiento y sustituyó la religión por la razón, reemplazando las bases teológicas del Derecho Natural por fundamentos racionales derivados de la capacidad humana del individuo para

³⁹ORREGO SÁNCHEZ, C. *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Universidad Autónoma de Méjico. Méjico. 2005. Págs. 84 y sigs.

⁴⁰ Podemos destacar a Carlos Buenaventura María Toullier (1752-1835), Juan Bautista Victorio Proudhon (1758-1838), Claudio Estéfano Delvincourt (1762-1831), Alejandro Duranton (1783-1866), Carlos Aubry (1803-1883), Federico Carlos Rau (1803-1877), Raimundo Teodoro Troplong (1795-1869), Juan Carlos Florencio Demolombe (1804-1887), Victorio Napoleón Marcadé (1810-1854) y Francisco Laurent (1810-1887).

⁴¹ MONTESQUIEU, C. de S. *Del espíritu de las leyes*. Tecnos. Madrid. 1995. Cap. I del Libro I. Pág. 10.

conocer por sí mismo: razón, progreso y felicidad son los tres ejes del pensamiento ilustrado⁴².

La influencia de la Escuela de la Exégesis se divide en tres períodos: uno de instauración, que comenzó con la promulgación del Código Civil en 1804, y que se consuma entre 1830 y 1840; otro de apogeo, que se extiende hasta 1880; y, finalmente, uno de declinación que se cierra en 1899, en la que distintos discípulos de los iniciales exégetas desarrollaron críticas contra los postulados de la Escuela de la Exégesis (Geny, Saleilles, o Bonnecase).

3.2. Concepción del Derecho.

La Escuela de la Exégesis fomentará un positivismo legalista, reduciendo todo el Derecho a la ley y concibiendo el sistema jurídico como un sistema lógico formal, completo, sin lagunas, plenamente coherente y claro (sin oscuridades), en el que el juez sólo ha de aplicar el supuesto de hecho a la ley (método de la subsunción). Se fundamenta en el mito del legislador racional.

Desde el aspecto jurídico, frente al caótico Derecho preexistente, se concibe un nuevo Derecho fundado sobre bases racionales y nacido a partir de unos pocos axiomas autoevidentes e independientes del Derecho real (principios del Derecho Natural).

Las necesidades perentorias de los racionalistas eran básicamente dos: un cambio cualitativo en la legislación positiva y una modificación radical de la actitud del jurista. Ello implicó que, junto a las normas positivas del momento (inorgánicas, imprecisas y contradictorias) esta escuela concibiera, por encima de ellas, un sistema de normas supuestamente racional, consistente y perfecto.

Este pensamiento tuvo su época culminante cuando se promulgó y difundió el Derecho nacido de la Revolución Francesa de 1789, especialmente el Código Civil

⁴² La obra maestra de la exégesis, el *"Curso de Derecho Civil Francés (1838-1844). 5 volúmenes*, de Aubry y Rau se caracterizó porque "todas las soluciones están contenidas, en germen, en un conjunto de principios formulados con rigor matemático, y, tan íntimamente soldados entre sí, que forman un verdadero edificio jurídico". Otras obras relevantes de esta Escuela serían: *Curso de Derecho francés según el Código Civil*, de Duranton (1825-1837). 21 volúmenes. *Curso del Código de Napoleón*, de Demolombe (1845-1876). 31 volúmenes. *El Derecho Civil explicado según el orden de los artículos del Código*, de Troplong (1833). 27 volúmenes.

francés de 1804. Así, los nuevos códigos ejercieron una importante fascinación sobre los juristas revolucionarios y, en especial, sobre los dogmáticos del Derecho, que habían encontrado un sistema jurídico racional con fundamento en la ley como expresión de la voluntad general. Los revolucionarios se convirtieron, de esta forma, en los más severos conservadores del nuevo sistema jurídico, del nuevo Derecho positivizado, aunque hay que considerar que la Escuela de la Exégesis encontró su origen más en los comentaristas del Código francés napoleónico, que atribuyeron al nuevo Código efectos taumatúrgicos, que en la voluntad de sus propios redactores.

Los codificadores y, posteriormente, los exégetas, dogmáticos y científicos del Derecho fueron alimentando el mito legislativo: el Derecho positivo lo es todo y todo Derecho positivo está constituido por la ley (culto al texto de la ley). La ley y, por ende, la figura del legislador, se convirtieron en una ficción ideológica y hermenéutica conocida por “legislador racional”, cuyas características eran las siguientes:

- Imperecedero: el legislador racional permanece, aunque no lo hagan los legisladores reales.
- Único: crea en solitario todas las normas del ordenamiento jurídico.
- Consciente: tiene conocimiento directo de todas las normas que ha creado.
- Finalista o teleológico: siempre persigue un propósito definido, una vez ha creado la norma.
- Omnisciente: conoce todas las circunstancias fácticas que abarcan las normas que dicta.
- Omnipotente: su voluntad permanece con vigencia indefinida, a menos que él mismo se autolimite o la revoque por un acto de voluntad expresa.
- Coherente: su voluntad no puede contradecirse consigo misma.
- Omnicomprensivo: no deja ninguna situación jurídica sin regular. Las lagunas no se cubren mediante la costumbre, sino mediante la analogía.

- Económico: no dicta normas repetidas o redundantes.
- Operativo: las normas que dicta siempre son eficaces.
- Preciso: su voluntad real tiene una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje, que accidentalmente utilice⁴³.

Nada hay más nefasto, decía Beccaria, que la vieja doctrina de que los jueces deben consultar el espíritu de la ley. La mejor ley es la que menos necesita de la interpretación. Esta concepción, junto a la desconfianza que los revolucionarios franceses mostraron hacia el estamento judicial, explicó el desarrollo de los planteamientos de la Escuela de la Exégesis o del formalismo⁴⁴.

3.3. Fuentes del Derecho.

3.3.1. La Constitución.

Para la Exégesis la Constitución no era una norma relevante en el proceso interpretativo. Era la ley la que determinaba el objeto, límites y ámbito de la interpretación judicial. Incluso, las ambigüedades o generalidades de la Constitución supusieron que fuera el Código Civil el que se convirtiera en la norma jurídica suprema garantizadora de las libertades civiles, básicamente de la libertad contractual, quedando la Constitución en calidad de un instrumento político poco confiable por etéreo. Se redujo, así, el Derecho a la ley. De forma que va a ser la ley la que, al identificarse con el Derecho, asuma el rol conductor del Estado Liberal, quedando la Constitución en el ámbito de una ley moral, que carecía de aplicación directa y vinculante⁴⁵.

La tutela de los derechos reconocidos en las normas constitucionales queda definido, así, por los contornos de la ley. Es a ella a la que se le atribuye el establecimiento de

⁴³ Esta concepción se transparentaba, incluso, en los tratados que se utilizaban (“Cours de Code Napoleon”), que expresan el espíritu de un plan de enseñanza que se plasmó en una decisión del Consejo Real de la Instrucción Pública de Francia, de 22 de septiembre de 1843, que obligaba a seguir el orden del Código Civil francés.

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, L. “Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”. *Revista española de Derecho Constitucional*. Nº 14. 1985. Págs. 353-378.

⁴⁵ LANDA, C. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (Perú). 1999. Págs. 260, 261 y 269.

los eventuales límites a los derechos, lo que conducirá a una desconstitucionalización de los derechos fundamentales. Los derechos, carentes de la más mínima rigidez constitucional, quedan por completo confiados a la voluntad legislativa. El juez, por tanto, tutela los derechos sólo a través y en los términos contemplados en los preceptos legales. El siglo XIX será el gran siglo del legalismo, que, prescindiendo de cualquier condicionamiento constitucional, confía a la ley la plena soberanía. Los derechos fundamentales se conciben, no como una limitación externa del poder político, sino como una autolimitación del Estado, esto es, de la ley⁴⁶.

3.3.2. Los principios.

La Escuela de la Exégesis no otorgó relevancia a los principios, pues era el articulado de la ley lo determinante para dirimir las controversias jurídicas.

3.3.3. Otras fuentes del Derecho.

La Escuela de la Exégesis, como consecuencia de lo expuesto, niega valor a la costumbre, de forma que las insuficiencias de la ley se salvan a través de la misma, mediante la analogía. No obstante, se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de teóricos antecesores. En suma, se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal: “Dura lex sed lex”. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas, constituyéndose la ley, por tanto, en la única fuente del Derecho.

Los viejos contenidos iusnaturalistas son definitivamente vaciados y apartados del ámbito de lo jurídico y, a la luz de ello, el Derecho será concebido como Derecho del Estado, con lo que se culmina el proceso de asimilación de lo jurídico por el poder político.

Tampoco se consideraba como fuente del Derecho a la doctrina jurisprudencial de los tribunales superiores. No obstante, la insuficiencia que imponía este postulado no impidió que la jurisprudencia fuera valorada, cada vez más, como un elemento necesario para completar a la ley escrita. La ampliación que, progresivamente, se otorgó a las funciones otorgadas al Tribunal de Casación francés permitió algo que su institución originaria estaba destinada a evitar: la constitución de una jurisprudencia, que se inscribía al

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Dykinson. Madrid. 1998. Págs. 15 y 18.

margen del código para fijar su sentido y modular su aplicación. Los repertorios de fallos devinieron, de este modo, también necesarios a los prácticos.

3.4. Relación entre Derecho y Moral.

No se reconoce relación ni influencia entre el Derecho y la Moral en el ámbito de la configuración o de la interpretación del Derecho. Precisamente, esta Escuela trata de superar la relación con el Derecho Natural, eliminando toda influencia del mismo si no es incorporado a la ley.

3.5. Interpretación jurídica.

Las características del legislador racional, tal y como es concebido por la exégesis, funcionan en tres sentidos.

- Como modelo normativo: debe cumplir todos los requisitos aludidos para que el legislador desarrolle su actividad de forma plenamente racional.
- Como hipótesis empírica: afectando a los científicos o dogmáticos del Derecho, sirviendo para analizar y comprobar cómo es la legislación.
- Como postulado de la ciencia jurídica, funciona para que el juez admita que existe un legislador racional sin posible discusión⁴⁷.

El juez, por lo tanto, ha de interpretar los textos legales de acuerdo y según la voluntad del legislador racional, lo que se conoce como “interpretación auténtica”. Esta última tesis es un criterio de tipo metodológico en la interpretación del Derecho, que implica que la ley ha de ser interpretada como si el legislador fuera racional, aunque puede que en la práctica esté lejos de serlo. Ello responde a lo que en la filosofía de la ciencia se conoce por “presupuesto contrafáctico” del conocimiento, que sirve de idea regulativa que permi-

⁴⁷ HUSSON, L. “Análisis crítico del método de la exégesis”. Extraído de: *Nouvelles études sur la pensée juridique*. Págs.184-196. Dalloz. París. 1974. Versión castellana: Gabriel Limodio. Localizable en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/La%20escuela%20de%20la%20Exegesis.pdf>, a fecha de enero de 2011.

te maquillar la legislación que “es” para que así se parezca o se aproxime al máximo a lo que “debería ser”⁴⁸.

En la propia enseñanza del Derecho se ilustraban estas concepciones en la interpretación del mismo. Así, en la entonces conocida obra “Repetitions écrites sur le Code Civil”, publicadas por Mourlon en 1846, se contenía el siguiente texto: “Un buen magistrado humilla su razón delante de la ley, porque está instruido para juzgar según ella y no para juzgarla. Nada está por encima de la ley y es prevaricar eludir sus disposiciones bajo pretexto de que allí se resiste la equidad natural. En jurisprudencia, no hay y no puede haber razón más razonable ni equidad más equitativa que la razón o la equidad de la ley”⁴⁹. La Escuela de la Exégesis considera, así, que la interpretación jurídica consiste en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del Derecho. Los exégetas sostienen que el Derecho es la ley.

El método que la Escuela de la Exégesis ofrecía para interpretar las normas del legislador, que conformaban el sistema jurídico, era el de la subsunción, que, en realidad, implicaba la exclusión de todo elemento que pudiera modificar el significado literal de los preceptos de los códigos: los Códigos excluyen la interpretación porque no necesitan ser interpretados. El Código no es una simple ordenación de viejas leyes y costumbres, sino que encarna un diseño de nueva planta que pretende regular las relaciones sociales de un modo uniforme, preciso y claro, donde nada debe quedar al arbitrio del intérprete⁵⁰. El jurista no es un intérprete de la ley, sino un aplicador mecánico. Esto es así porque se parte de la consideración de que la interpretación oculta intereses y tuerce el significado de la ley. Por tanto, como se pretendía evitar la creación del Derecho, se sitúa el énfasis en la racionalización del material legislativo, pues – como afirmaba Beccaria- la mejor forma de evitar la creación judicial del Derecho era una buena legislación⁵¹.

⁴⁸ RUIZ SANZ, M. “El mito de la justicia; entre dioses y humanos”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*. Nº 11. 2005. Localizable en: <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf>, a fecha de enero de 2011.

⁴⁹ HUSSON, L. “Análisis crítico del método de la exégesis”. Extraído de: *Nouvelles études sur la pensée juridique*. Págs.184-196. Dalloz. Paris. 1974. Versión castellana: Gabriel Limodio. Localizable en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/La%20escuela%20de%20la%20Exegesis.pdf>, a fecha enero de 2011.

⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 16.

⁵¹ BECCARIA, C. B. *De los delitos y de las penas*. Alianza editorial. Madrid. 1986. Capítulo V. Pág. 31.

La interpretación se centraba, así, en la rígida aplicación de la ley. De hecho, los juristas de la Exégesis consideraban que, existiendo los códigos, toda controversia tenía que ceñirse, meramente, a una cuestión fáctica.

El método de las glosas o exégesis fue superado en algunas de sus reglas con el paso del tiempo, sufriendo una cierta evolución, especialmente en lo relativo a la sujeción a las palabras y los párrafos empleados en la redacción. Los civilistas del siglo XIX encontraron distintas formas de sortear las dificultades que los criterios de esta corriente exigían. La primera era el recurso a la interpretación gramatical, es decir, a aquella que se sujeta a determinar el verdadero sentido de un texto oscuro o incompleto ayudándose de los usos de la lengua y de las reglas de la sintaxis, así como de la interpretación denominada lógica, que permite, analizando los textos legales y relacionando los unos con los otros, sacar las consecuencias que no se deducen de ninguno de ellos tomados en particular, extrayendo también las mismas de los principios susceptibles de ser aplicados al caso que no se había previsto.

El segundo procedimiento consistió en localizar, a través de la letra de los textos legales y dentro de los trabajos preparatorios de los mismos, la intención del legislador con miras a discernir la decisión que él habría tomado si hubiera entrevisto el problema en cuestión, rectificando sus prescripciones si era preciso. Así, si había que llegar a la necesidad de interpretarla, se debía efectuar dicha interpretación para la concreción de la voluntad del legislador. Se dijo, entonces, que las palabras y proposiciones no eran sino un medio o instrumento que servía para traducir un pensamiento o voluntad, el cual no podía ser otro sino el del legislador, es decir, el de los autores de la ley. Al intérprete no debe interesarle lo que el texto legal diga en sí, o el sentido en que él lo pueda entender, sino que debe averiguar lo que el legislador quiso al elaborar el texto, los fines que persiguió, las necesidades que pretendió satisfacer. Ésta sería la utilización del método empírico en la interpretación de las normas, denominado así porque consistía en investigar empíricamente la voluntad del legislador; es decir, las palabras de la ley y la intención del legislador como hechos, el recurso a obtener todo lo concerniente a la ley como dato empírico.

El método empírico postulado por la Exégesis es un recomponer los hechos efectivamente pensados por los legisladores. Esta reconstrucción del pensamiento del legisla-

dor está temporalmente situada, es concreta y finita, a diferencia de la voluntad de la ley, que es intemporal. Esto último perseguía, indudablemente, consolidar una absoluta ruptura con el pasado, que permitía llegar en el examen de la ley no más allá de la voluntad psicológica del legislador. La interpretación de la ley es la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada. Mediante la Exégesis se procede a la interpretación del Derecho a partir de un texto legal. El texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador y lo que el jurisconsulto debe aplicar no es meramente el texto, sino éste en cuanto traducción de la intención de un legislador efectivo. La combinación de estos criterios daba al intérprete, bajo el amparo de la ley, una cierta libertad de maniobra.

Demolombe, representante relevante de la Escuela de la Exégesis, concibió la interpretación del siguiente modo: “en teoría, la interpretación es la explicación de la ley; interpretar es elucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, es reconocer. La interpretación puede ser más o menos ingeniosa o sutil... mejor o menos buena, pero, en fin, es necesario que no tenga la pretensión de haber inventado. De otro modo, no sería más interpretación”⁵².

Hernández Gil refiere en los siguientes términos el sentido del Derecho que postula la Escuela de la Exégesis, el cual expresa los elementos que desdeñaba la misma en el ámbito de la interpretación: “El problema del concepto del Derecho es resuelto así de la manera más cómoda, sin buscarlo: es lo dado; pero lo dado reducido a su expresión mínima y forma: la ley. No cabe un positivismo mayor, ni un racionalismo más exacerbado que prescinde, para el Derecho, de toda consideración sociológica, espiritual, moral o económica, desenvolviéndose en la esfera de las puras nociones.”⁵³

⁵² HUSSON, L. “Análisis crítico del método de la exégesis”. Extraído de: *Nouvelles études sur la pensée juridique*. Págs.184-196. Dalloz. Paris. 1974. Versión castellana: Gabriel Limodio. Localizable en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/La%20escuela%20de%20la%20Exegesis.pdf>, a fecha enero de 2011.

⁵³ HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Espasa Calpe. Madrid. 1998. Págs. 47-48.

3.6. Discrecionalidad.

No se reconoce desde esta teoría ninguna discrecionalidad al intérprete, dado que ha de respetar rigurosamente el contenido de la ley o, a lo sumo, averiguar la voluntad del legislador que se puede deducir tanto de los precedentes previos a la ley como de las relaciones entre los preceptos de la misma.

3.7. Argumentación.

La argumentación jurídica que ha de desarrollar el juez se concibe en términos puramente deductivos o mecánicos, reduciendo el razonamiento jurídico a sus elementos lógico-formales. La argumentación del juez sería, así, la imprescindible para justificar la norma que se considera aplicable al caso concreto, para detallar el sentido o significado de la misma mediante los criterios admitidos desde esta corriente, además de la relativa a la delimitación de los hechos enjuiciados o controvertidos en el pleito en cuestión, al efecto de subsumirlo en la norma correspondiente.

Desde esta concepción del Derecho se establece una identificación plena entre justificación y justificación deductiva y entre decisión y deducción. Por ello, los formalistas no necesitan una teoría de la argumentación jurídica: les basta con la lógica deductiva, que llegan a reducirla, incluso, a un solo tipo de argumento: el silogismo judicial, que presupone el recurso al esquema argumentativo subsuntivo, que trata de aplicar una regla de acción, es decir, una regla que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción. Además de la premisa normativa, el esquema contiene una premisa fáctica, que afirma que un determinado hecho ha tenido lugar. La conclusión es un enunciado normativo singular⁵⁴.

⁵⁴ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. Págs. 24-27.

3.8. Implicaciones de los postulados de la Escuela de la Exégesis en la función jurisdiccional.

A continuación, procederemos a sintetizar aquellas consecuencias más relevantes que los postulados propios de la Escuela de la Exégesis generan en el ejercicio de la función jurisdiccional.

3.8.1. Fuentes del Derecho.

Desde esta teoría se desarrolló, según se deduce de los postulados expuestos, un positivismo jurídico que tuvo por objeto obtener la obediencia absoluta de los ciudadanos y de los jueces al legislador.

Por tanto, el modelo de la Escuela de la Exégesis sólo contempla la ley como fuente del Derecho, como único elemento que ha de fundamentar las decisiones judiciales. La Constitución es considerada como una norma moral que no vincula directamente a los jueces. Los derechos reconocidos en la misma sólo se conciben y tienen eficacia en los términos en los que los desarrolla la ley. Se niega valor a la costumbre, a los principios generales del Derecho y a la jurisprudencia o doctrina configurada por los tribunales superiores. Estas fuentes (en sentido amplio) no pueden fundamentar las resoluciones judiciales.

Para la Escuela de la Exégesis, además, no existen en el sistema jurídico antinomias ni lagunas o supuestos no regulados a los que haya que dar alguna solución, bien desde el propio sistema o bien desde fuera del mismo. Además, se considera que la ley es siempre precisa en la delimitación de los conceptos y de las realidades contempladas por ella.

3.8.2. Relación entre Derecho y Moral.

La Moral se concibe como un ámbito totalmente independiente del Derecho, de forma que no ha de influir en la interpretación ni en la argumentación jurídica. El juez ha de abstraerse de los factores o principios morales que puedan afectar a su decisión.

3.8.3. Interpretación jurídica.

La interpretación jurídica, para la Escuela de la Exégesis, tenía que basarse únicamente en la subsunción del hecho en una determinada norma jurídica. No debía extenderse a otras facetas.

Este concepto de interpretación fue objeto de una evolución, de forma que, progresivamente, admitió el desarrollo de: una interpretación gramatical, que implicaba la utilización de reglas gramaticales para detallar el sentido y el significado de determinados preceptos legales que pudieran ser oscuros o ambiguos; de la interpretación lógica, que permitía una relación de los diferentes preceptos de los textos legales; y de la interpretación empírica, que pretendía averiguar la voluntad del legislador desde el tenor literal de la ley y de sus trabajos preparatorios, previos a su promulgación. Todo lo que excediera de ello se consideraba una extralimitación de la potestad jurisdiccional.

La interpretación, desde esta teoría, se resume en la mera subsunción de la norma al supuesto de hecho litigioso y deja al margen una visión más integradora o global del Derecho. No gozan de especial relevancia en el proceso de interpretación jurídica los principios generales del Derecho, los derechos constitucionales o legales de los litigantes o las posibles contradicciones con otras normas. Para interpretar adecuadamente es, por tanto, suficiente, la mera localización de la norma que procede aplicar. Se convierte, así, la interpretación en un proceso intelectual simplificado y mecánico.

3.8.4. Discrecionalidad judicial.

Para la Escuela de la Exégesis todos los poderes públicos están sometidos al principio de legalidad, incluso los jueces, cuya función no sería creadora, sino de mera aplicación jurídica. Por tanto, han de contribuir desde esta perspectiva al desarrollo de la obediencia del Derecho, dentro del contexto del Estado liberal. Este postulado se basaba, en última instancia, en dos principios fundamentales que la revolución Francesa había recibido de la filosofía política del siglo XVIII: el principio de la soberanía nacional y el de la división de poderes. Si, como formulaba la declaración de Derechos de 1789, la libertad de los individuos no podía ser limitada más que por la ley, que es la expresión de la vo-

luntad general, los autores y los magistrados no podían participar de la creación del Derecho sin usurpar un poder que no pertenecía más que a los elegidos por la nación.

La Escuela de la Exégesis, por tanto, niega la existencia de la discrecionalidad judicial. De esta concepción del Derecho surge un modelo de juez que sólo debe aplicar la ley, pues los jueces están sometidos a la ley y no pueden en absoluto crear Derecho. Es decir, el juez no puede en ningún caso resolver un supuesto de hecho o un litigio recurriendo a elementos externos a la propia ley. Ni los precedentes, ni la doctrina ni la moral pueden matizar, integrar o aclarar el contenido de la ley.

El juez, por tanto, desde esta posición doctrinal no pondera en el proceso de interpretación de la norma jurídica aspectos morales, culturales, económicos o los resultados que la propia aplicación de la ley pueda provocar. Tampoco admitirá principios generales o valores como parámetros para guiar su contenido. Lo determinante es guiarse por la literalidad de la norma.

3.8.5. Argumentación

La argumentación, desde la Escuela de la Exégesis, se ciñe al desarrollo del razonamiento lógico-deductivo en su expresión más estricta. Es decir, el imprescindible para justificar la aplicación de una determinada norma al caso concreto, la necesaria para justificar los hechos que se consideran probados y, en última instancia, el desarrollo del silogismo judicial (subsunción de un hecho en la norma previamente seleccionada).

De esta forma, desde la perspectiva material, se reduce el proceso de argumentación en su ámbito jurídico, consecuencia de la simplificación que efectúa en el ámbito de la interpretación, anteriormente aludida, dado que no plantea la existencia de dificultades en la denominada “interpretación del Derecho” (contradicciones entre normas, ambigüedad de las mismas, lagunas del Derecho,...). Sólo cabrían los métodos de interpretación admitidos por esta posición doctrinal (gramatical, lógico, empírico) en el ámbito de lo que hemos llamado la “interpretación de la ley”, sin ampliar estas posibilidades.

Desde la perspectiva formal, sólo admite un solo tipo de razonamiento: el silogismo incardinado en el esquema subsuntivo, de carácter lógico-deductivo.

4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO: KELSEN

4.1. Antecedentes y contexto.

La doctrina de Kelsen -fundador de la Escuela de Viena- ha tenido una gran influencia en la teoría del Derecho del siglo XX. Se caracteriza por su carácter complejo e interdependiente. La complejidad de esta teoría se debe, entre otras razones, a la existencia de una duplicidad de fondo que atraviesa el conjunto de la doctrina kelseniana y que es fruto de su pretensión de ser, al mismo tiempo, una teoría del Derecho y una teoría de la Ciencia del Derecho, e, incluso, una teoría de la Ciencia Normativa. Por su parte, el carácter marcadamente interdependiente de dicha doctrina supone que para la comprensión de muchos de sus conceptos se deba tener en cuenta el contexto en el que se inserta la obra kelseniana.

Toda la construcción teórica kelseniana está condicionada por la elección de la epistemología neokantiana como instrumento para construir una teoría jurídica positivista. La opción por la epistemología neokantiana impone la asunción del principio de pureza metódica. Este principio pretende excluir del conocimiento del Derecho todos los elementos que le son extraños, exigiendo la construcción de una teoría exclusivamente normativa depurada de cualquier influencia, tanto del mundo real como del mundo de la moral y de la política: la doctrina pura del derecho.

En este sentido, la primera purificación que la teoría pura impone, como postulado central, es el dualismo entre *ser* (*Sein*) y *deber ser* (*Sollen*); distinción esencial para la elaboración de una teoría científica de carácter normativo, en tanto permite fundar su autonomía frente a las ciencias naturales. La teoría pura del Derecho pretende determinar qué es y cómo es el Derecho. Para ello, Kelsen distingue entre las ciencias de la naturaleza, que son expresión de un *ser*, de las ciencias normativas, que son expresión de un *deber ser*. Cada una de estas ciencias se rige por principios diferentes, lo que determina métodos igualmente distintos en su estudio. Las ciencias de la naturaleza se caracterizan porque en ellas rige el principio de causalidad, en virtud del cual si se produce una causa ha de producirse necesariamente un efecto. En la ciencia jurídica el método apropiado es

el principio de imputación, según el cual se atribuye una consecuencia determinada si se produce cierta condición. La diferencia esencial entre ambos principios es que mientras que en el principio de causalidad la condición (causa) y la consecuencia (efecto) se unen en base a una relación de necesidad y, por tanto, si se produce la condición (causa) indefectiblemente se producirá la consecuencia (efecto), en el principio de imputación la relación entre condición y consecuencia no es de necesidad, sino de “deber ser”, es decir, cada vez que se produce la condición no se produce necesariamente la consecuencia, sino que debe producirse⁵⁵.

La Ciencia del Derecho es, por tanto, una ciencia normativa cuyo objeto viene constituido por las normas jurídicas. Es una ciencia del *deber ser*.

4.2. Concepción del Derecho.

En cuanto a la noción de norma jurídica, Kelsen diferencia entre normas jurídicas (que representan el objeto de la ciencia jurídica) y las proposiciones jurídicas (que son los enunciados que describen el ordenamiento jurídico). Mientras que las normas tienen un carácter prescriptivo, las proposiciones jurídicas tienen un carácter descriptivo. De ello se infiere que lo que puede predicarse de cada una de ellas es distinto: mientras que las normas pueden ser válidas o inválidas, las proposiciones jurídicas sólo pueden ser verdaderas o falsas⁵⁶.

Kelsen presenta la noción de norma jurídica como un juicio hipotético, basado en el principio de imputación: si se produce un determinado acontecimiento A (lo ilícito) debe producirse un acontecimiento B (la sanción). En el esquema kelseniano la sanción ocupa un lugar fundamental y, por ello, llama norma primaria a la que establece la sanción y norma secundaria a la que prescribe la conducta. Las normas morales tienen la misma estructura lógica que las jurídicas, pero lo que las diferencia es el elemento de la

⁵⁵ KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004. Págs. 41-42.

⁵⁶ Esta distinción procede, a su vez, de la diferenciación que Kelsen establece entre la función de la Ciencia Jurídica y la función de la autoridad jurídica y, por ende, entre el producto de una y otra. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Méjico. 1982. Capítulo III. Págs. 83 y sigs.

sanción⁵⁷. El Derecho es un orden coactivo y el acto de coacción o sanción es lo que caracteriza a la norma jurídica respecto de otros tipos de normas.

No obstante, en la edición de 1960 de “La teoría pura del Derecho” Kelsen reconoció que el esquema lógico que proponía inicialmente para toda norma (*si es A debe ser B*) sólo servía para un determinado tipo de normas jurídicas, pero no para otras muchas (como las normas de organización, permisivas, interpretativas,...). Por ello, Kelsen modifica el concepto de *deber ser*. Así, considera ahora que el *deber ser (sollen)* debe entenderse no sólo *deber o deber ser*, sino también *estar permitido (dürfen)* y *poder o tener posibilidad de (können)*. En este nuevo contexto Kelsen plantea la distinción entre normas dependientes, en las que falta algún elemento, y normas independientes, que son completas y responden al esquema: si es A debe ser B. Serían normas dependientes: las permisivas, las derogatorias, las que regulan los procedimientos judiciales y administrativos,... Pero la unión de varias normas dependientes da lugar a una norma completa. Por ello, Kelsen concluye que, aunque no todas las normas del orden jurídico puedan ser caracterizadas como coactivas, todo el orden en su conjunto sí puede ser caracterizado como un orden coactivo⁵⁸.

Relevante consecuencia, además, del dualismo neokantiano que mantiene Kelsen, que excluye del estudio del Derecho todo lo moral o valorativo, consiste en la afirmación de que el fundamento de la validez de las normas jurídicas no puede radicar nunca en un hecho empírico, sino solamente en otra norma:

“Sólo una norma que fue establecida por la vía de una disposición consciente o por la vía de la costumbre puede valer como norma positiva ... del derecho. La positividad ... del derecho descansa en este establecimiento por medio de actos humanos y en la eficacia caracterizada como condición de la vigencia.”⁵⁹

En todo caso, para que el conocimiento en el ámbito de la esfera normativa adquiriera el estatus de auténtica ciencia al que la teoría kelseniana aspira se precisa otra purificación que permita fundamentar su carácter neutral, objetivo y a-ideológico. Según Kel-

⁵⁷ KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004. Págs. 68-69.

⁵⁸ BLANCO GONZÁLEZ, A. y otros. *Filosofía del Derecho: Las concepciones jurídicas a través de la historia*. Universidad Nacional de Educación a distancia. Madrid. 2005. Pág. 245.

⁵⁹ KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004. Pág. 146.

sen, la ciencia jurídica debe limitar su objeto de estudio al Derecho positivo y ha de excluir los juicios de valor de carácter moral.

Kelsen, así, parte de un voluntarismo y relativismo en su teoría, lo que permite concebir a las normas como el producto de la voluntad, y nunca de la mera razón. Los juicios morales, por su parte, se presentan siempre como juicios de valor subjetivos en relación con los cuales no es posible alcanzar un conocimiento científico. Esta segunda purificación implica el rechazo radical a las concepciones del Derecho de corte iusnaturalista.

El carácter relativista de su teoría se manifiesta en su afirmación de que la razón no puede conocer valores absolutos o evidentes, y, más aún, carece de capacidad para ofrecer una fundamentación objetiva a las elecciones en materia de valores.

Kelsen parte de la tesis de la exclusividad del Derecho positivo. Así, define la teoría pura del Derecho como una teoría monista del Derecho: según ella, no hay más que *un Derecho*: el Derecho positivo, frente al carácter dualista de la doctrina iusnaturalista que afirma la existencia de un Derecho natural junto al Derecho positivo. El Derecho es, para Kelsen, siempre positivo y su positividad consiste en el hecho de que es creado por actos de seres humanos, con lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes. Por tanto, las normas jurídicas tienen su origen en hechos empíricamente verificables, en actos de voluntad humana, esto es, son normas positivas.

Kelsen considera la presencia de una cierta correlación entre las normas y la realidad como una exigencia fundamental para cumplir con la objetividad y la neutralidad entendidas como requisitos ineludibles del conocimiento científico. Esta tesis viene a coincidir con la tesis hartiana de las fuentes sociales del Derecho.

Otro aspecto fundamental de la teoría de Kelsen es la concepción del Derecho como un sistema. La asunción de una concepción sistemática de lo jurídico implica sostener que la validez objetiva de una norma jurídica no requiere tan sólo que haya sido puesta a través de un comportamiento fáctico cuyo sentido subjetivo sea una norma, sino que se exige, además, que ese comportamiento sea identificable como creador de normas jurídicas sobre la base de lo establecido en una norma superior. Con Kelsen, por primera vez

y definitivamente, la Teoría del Derecho se orienta hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, al considerar como concepto fundamental para la construcción teórica del campo del Derecho, no ya el concepto de norma, sino el de ordenamiento, entendido como un sistema de normas.

Para Kelsen, el Derecho positivo consiste en un conjunto de normas, en una pluralidad de decisiones procedentes de autoridades diversas, susceptibles de ser reconducidas a una unidad, a un sistema.

Kelsen analiza este ordenamiento desde dos perspectivas o puntos de vista: un punto de vista interno, que tiene su límite en la norma constitucional, y que se relaciona con el problema de la validez de las normas individualmente consideradas, y un punto de vista externo, que va mas allá de la Constitución y que se relaciona con el problema de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto. En este sentido, la teoría del sistema jurídico formulada por Kelsen está integrada por dos referentes básicos:

- La construcción jerárquica, gradual o piramidal que opera en el punto de vista interno.
- La norma fundamental, que opera en el punto de vista externo.

En opinión de Kelsen, el orden jurídico no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en el mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. Desde esta visión, cabría representar gráficamente el Derecho recurriendo a la exitosa imagen piramidal. Según esta imagen, el ordenamiento jurídico se configura internamente como una construcción escalonada – o gradual – de normas recíprocamente supra y subordinadas.

En las coordenadas de la construcción gradual, la validez de una norma reposa en una norma superior, una norma es válida si es conforme con las normas de superior grado. El sistema jurídico se presenta, por tanto, desde la óptica kelseniana, como un esquema de identificación y de justificación de normas en el que toda validación requiere la apelación a una norma superior.

En la explicación de la unidad en el punto de vista externo, esto es, en la fundamentación de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, Kelsen, como consecuencia del principio de pureza metódica que, como es sabido, impide que la validez de una norma pueda radicar en un elemento de carácter fáctico o ideológico, introduce el expediente de la norma fundamental. Esta norma se plantea como el elemento constitutivo de la unidad y fundamento de la validez de todas las demás normas del sistema. Así, si bien la validez de la norma constitucional puede todavía ser referida a una Constitución anterior, en todo caso, se llegaría siempre a una norma constitucional que, o bien ha surgido revolucionariamente, o bien es la primera constitución histórica del Estado en cuestión. Pues bien, la validez de esa norma constitucional radica, en opinión de Kelsen, en la norma fundamental. Por lo que se refiere a su naturaleza, la norma fundamental no puede derivarse de ninguna otra norma superior ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Como norma suprema no puede ser una norma puesta, sino presupuesta y, consecuentemente, no se identifica con la Constitución. No puede ser impuesta por una autoridad, pues su competencia tendría que basarse en una norma aún superior. La norma fundamental es, además, una norma condicionada por la eficacia. Kelsen afirma que la norma fundamental es el presupuesto lógico-trascendental de la validez de las normas jurídicas. Puede ser designada como Constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la Constitución en sentido jurídico-positivo⁶⁰. No obstante, Kelsen concibe a esta norma fundante o fundamental como una ficción. Así lo reconoce expresamente en la Teoría General de las Normas:

“La meta de pensamiento de la norma base es el fundamento de la vigencia de las normas que construyen un ordenamiento positivo moral o de derecho, esto es, la interpretación del sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo, es decir, como normas válidas, y la interpretación de los actos pertinentes como actos que establecen normas. Esta meta se alcanza sólo a través de una ficción. Aquí hay que observar que la norma base ... no es hipótesis alguna, sino una ficción.”⁶¹

⁶⁰ CUENCA GÓMEZ, P. “Una aproximación a la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”. *El tiempo de los derechos*. Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Número 3. 2010. Págs. 1-17.

⁶¹ KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004. Págs. 251-252.

4.3. Fuentes del Derecho.

4.3.1. La Constitución.

La Constitución, en la concepción Kelseniana, es una norma meramente formal, de competencia y procedimiento, y sólo hasta cierto punto de contenido. El normativismo kelseniano se sustenta en la negación de la necesaria unión entre los conceptos formal y material de Constitución⁶². Por tanto, Kelsen entiende la Constitución como regla para la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado y la determinación de los órganos legislativos y de sus procedimientos, como disposición fundamental del ordenamiento estatal.

En cambio, no admite una eficacia directa de la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales, sino que sus efectos, desde una perspectiva material, irradian meramente los procedimientos para la elaboración de las leyes y en una limitación en el contenido de las mismas:

“La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar el contenido de futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescindir o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive, por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescrito. Más eficaz es excluir, por la Constitución, leyes de determinados contenidos. El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las Constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse.”⁶³

Esta concepción de la Constitución tiene consecuencias relevantes en los términos en los que Kelsen diseña la justicia constitucional, pues el rasgo definidor del sistema kelseniano de esta justicia reside en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su criterio queda circunscrito a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos, la Constitución y la ley, pero carentes de cualquier referencia fáctica. El Tribunal Constitucional kelseniano se ocupa sólo de los discursos de fundamentación, no de los discursos de aplicación; o, lo que es lo mis-

⁶² ARAGÓN REYES, M. “La constitución como paradigma”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 29-40.

⁶³ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Autónoma de México. México. 1982. Pág. 234.

mo, se ocupa de las reglas, no de los principios, reflejando la repugnancia de Kelsen a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución⁶⁴. Por ello, para Kelsen, el control jurisdiccional de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional ha de estar limitado a las disposiciones generales (leyes, reglamentos o, incluso, los tratados internacionales), sin extenderse a los actos individuales, como las sentencias judiciales:

“¿En qué medida, pues, puede comprenderse en la justicia constitucional el control de los actos jurídicos individuales? La cuestión no se aplica a los actos de los tribunales. En efecto, el solo hecho de que un acto jurídico es realizado por un tribunal es una garantía suficiente de su regularidad. Que esta regularidad consista inmediatamente o mediatamente en una constitucionalidad no es motivo suficiente para sustraer estos actos de las jurisdicciones de Derecho común y atribuir su conocimiento a un Tribunal Constitucional especial...”⁶⁵

A ello ha de añadirse que el control de constitucionalidad kelseniano ha de fundarse en las reglas objetivas y de derecho positivo encuadradas en la Constitución, pues los principios o valores contenidos en las mismas, a su juicio, no añaden elementos innovadores, pues, además, constituyen un riesgo para introducir la mera ideología y la moral de cada juzgador en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes. Por ello, para Kelsen, estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso:

“La Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible.”⁶⁶

La teoría kelseniana, por ello, podría identificarse con el modelo de Constitución que Comanducci denomina “modelo axiológico de la Constitución concebida como norma”. Según esta concepción de Constitución, la misma designaría sólo aquel documento que contiene un especial contenido normativo. Aquí se encuadrarían las concepciones que

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 23. 2000. Págs. 170 y 171.

⁶⁵ KELSEN, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. Págs. 30 y 31. Localizable en: http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/19_62.pdf, a fecha de enero de 2012.

⁶⁶ KELSEN, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. Págs. 34-36. Localizable en: http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/19_62.pdf, a fecha de enero de 2012.

identifican la Constitución con las meta-normas sobre la producción del Derecho o con las normas que instituyen y organizan los máximos poderes del Estado:

“Lo que se entiende, en primer lugar y en todos los casos por Constitución, ... es un principio por el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento considerado, la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales cuya ejecución ocupa la actividad de los órganos estatales (tribunales y autoridades administrativas). Esta regla para la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado y la determinación de los órganos legislativos y de sus procedimientos forma la Constitución en el significado propio, originario y estricto de la palabra.”⁶⁷

4.3.2. Los principios.

Kelsen se muestra escéptico en cuanto a la virtualidad y relevancia de los principios del Derecho. Para Kelsen, la afirmación de que los principios de la moral, la política o las costumbres se personifican por medio de actos que generan Derecho sólo puede significar que el contenido de las normas jurídicas generadas por actos legislativos coincide con el contenido de los principios jurídicos. Pero ésa no es, a su juicio, razón suficiente para considerar estos principios como Derecho positivo, es decir, extender el Derecho positivo a tal grado que también abarque estos principios. Ello implicaría extender el concepto del Derecho más allá del concepto de la norma jurídica y, de esa manera, eliminar cualquier posibilidad de trazar un límite preciso frente a la moral y la política⁶⁸.

Para Kelsen, por tanto, los principios no son una fuente del Derecho que deba ser considerada por el juez. No constituyen un elemento relevante en los procesos de interpretación. Son, más bien, un riesgo, una vía que permite que el intérprete introduzca su moral o ideología:

“...la aplicación de normas distintas a las normas jurídicas —las normas “supra-positivas”— debe ser considerada radicalmente excluida ... Si se trata de principios caracterizados en la Constitución o en cualquier otro grado del ordenamiento jurídico y que se deducen del contenido del Derecho positivo por vía de abstracción, sería al-

⁶⁷ KELSEN, H. *La giustizia costituzionale*. Editorial C. Geraci, Giuffrè. Milano. 1981. Págs. 152-153. Citado por COMANDUCCI, P. “Modelos e interpretación de la Constitución”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Pág. 51.

⁶⁸ KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004. Pág. 126.

go bastante inofensivo formularlos como reglas de Derecho independiente. Sin embargo, estos principios solo pueden ser aplicados con las normas jurídicas en las cuales son incorporados y solamente en ellas. Pero, si se trata de principios que no han sido traducidos en normas de Derecho positivo, sino que debieran serlo solo porque son justos —si bien que los protagonistas de estos principios lo tienen ya, de manera más o menos clara, como Derecho—, entonces se trata simplemente de postulados que no son jurídicamente obligatorios, que no expresan, en realidad, sino los intereses de ciertos grupos, dirigidos a ciertos órganos encargados de la creación del Derecho ... La consideración o la realización de estos principios —a los cuales no se ha podido hasta ahora, a pesar de todos los esfuerzos intentados en este sentido, dar una determinación muy poco unívoca— no tienen y no pueden tener, en el proceso de creación del Derecho, por las razones antes indicadas, el carácter de una aplicación del Derecho en sentido técnico.”⁶⁹

4.3.3. *Otras fuentes del Derecho.*

Como fuentes del Derecho reconoce Kelsen, además de la Constitución, en los términos anteriormente analizados, las leyes, la costumbre y la ordenanza reglamentaria. Asimismo, y por lo que respecta a las funciones de los órganos administrativos y jurisdiccionales, considera que los mismos producen normas individuales, que individualizan o concretizan normas generales. Estas normas jurídicas individuales son, a juicio de Kelsen, tan parte integrante del orden jurídico como las normas generales en base a las cuales han sido producidas. Así, la sentencia judicial es fuente de derechos y obligaciones que se estatuyen entre las partes litigantes o de la autorización otorgada al órgano que tiene que ejecutar esa sentencia. No obstante, Kelsen admite la posibilidad de que las sentencias no sólo sean normas individuales, sino también normas generales, en los supuestos en los que constituyan un precedente⁷⁰.

Todas las fuentes del Derecho admitidas por Kelsen son diferenciadas por este autor de las fuentes de Derecho entendidas desde una acepción no jurídica. Desde esta última perspectiva, Kelsen incluye a todas las representaciones que de hecho influyen en la producción y aplicación del Derecho, como los principios morales y políticos, teorías jurídicas, la opinión de expertos, etc. Estas fuentes, añade Kelsen, deben ser distinguidas de las fuentes jurídico-positivas. Así, mientras que estas últimas son jurídicamente obliga-

⁶⁹ KELSEN, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. Págs. 34-35. Localizable en: http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/19_62.pdf, a fecha de enero de 2012.

⁷⁰ Se analizará más detalladamente esta cuestión en el ámbito de la interpretación jurídica.

torias, las primeras no lo son, en tanto que no haya una norma jurídica positiva que delegue en ellas como fuentes del Derecho, es decir, que les dé fuerza obligatoria. Entonces adquieren el carácter de norma jurídica superior que determina la producción de la norma jurídica inferior⁷¹.

4.4. Relación entre Derecho y Moral.

Kelsen parte de la consideración de que la validez del Derecho positivo no guarda relación con la justicia porque, a su juicio, no existe un valor moral absoluto. Desarrolla, en consecuencia, una rígida separación entre Derecho y moral. Niega, además, la conveniencia de cuestionar o criticar el Derecho positivo, pues todo lo que va más allá de las ciencias positivas es ideológico y perteneciente al reino de la irracionalidad (la justicia es un ideal irracional).

Por todo ello, se ha calificado la posición de Kelsen como esencialmente normativista (el Derecho establece un *deber ser* separado de los hechos empíricos) y axiológicamente relativista⁷².

Kelsen, en consecuencia, afirma que la exigencia de distinguir el Derecho de la moral y el Derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia. Y admite sin vacilaciones que todo orden jurídico positivo puede estar conforme con alguna de las muchas normas de justicia, sin que tal conformidad pueda ser considerada como el fundamento de su validez. Una doctrina positivista, es decir, realista, no niega que la formación de un orden jurídico positivo puede estar, y como regla de hecho lo está, determinada por la representación de alguna de las muchas posibles normas de justicia.

El relativismo es, para Kelsen, un argumento central a la hora de negar la existencia de una relación conceptual entre el Derecho y la moral correcta. No obstante, esta vinculación es repudiada también por Kelsen por otras razones, entre ellas, porque en sus

⁷¹ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Págs. 242 y sigs.

⁷² ORREGO SÁNCHEZ, C. *Analítica del Derecho Justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del Derecho natural*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. Págs. 88-90.

aplicaciones de hecho, a través de la ciencia jurídica dominante en una determinada comunidad jurídica, puede conducir a una legitimación acrítica del orden coactivo estatal constitutivo de esa comunidad.

Por tanto, al igual que la teoría de Hart, la teoría de Kelsen es exponente del modelo de relación entre Derecho y Moral que sostiene la existencia de una vinculación contingente o aleatoria entre ambos órdenes normativos. Lo que es puro no es el Derecho, que aparece condicionado por dimensiones morales, sino su conocimiento.

La visión sistemática del Derecho manejada por Kelsen está caracterizada, en contraposición con la Moral, como un sistema de tipo dinámico, en contraste con los sistemas morales, que poseerían un carácter estático. De la lectura de los textos en los que Kelsen hace referencia a esta distinción se deduce que parecen ser dos los criterios que sirven para diferenciar los sistemas estáticos y dinámicos:

- La diferente estructura o naturaleza de la norma fundamental.
- La diferente relación entre las normas dentro del sistema, esto es, la diferente configuración de las relaciones internormativas.

La diferencia estructural o de naturaleza entre las normas fundamentales de los sistemas estáticos y dinámicos radica en que, en los sistemas estáticos, la norma fundamental se configura como un precepto que integra ciertos contenidos morales generales, esto es, en un sistema estático la norma fundamental presenta una naturaleza material; en los sistemas dinámicos, en cambio, la norma fundamental se define como una norma meramente formal, que se limita a otorgar competencia al máximo órgano creador de normas, al constituyente primero, sin imponer condicionamientos relativos al contenido de las normas por él creadas.

El carácter exclusivamente formal de la norma fundamental es una manifestación del positivismo de Kelsen, dado que impide que pueda condicionar en modo alguno el

contenido de la Constitución, esto es, las normas establecidas por el acto constituyente y el contenido de las normas que de acuerdo con la Constitución han de ser creadas⁷³.

La inexistencia de contenidos en la norma básica implica que el poder socialmente eficaz, quien efectivamente consigue obediencia, tiene la competencia para dictar las normas superiores con absoluta discrecionalidad, lo que impide negar validez a un orden jurídico eficaz, sean cuales sean sus contenidos, lo que, a su vez, posibilita afirmar la validez de órdenes jurídicos fundados en diferentes opciones morales y permite considerar Derecho válido el resultante de una revolución que logre imponerse.

En el ámbito de las relaciones internormativas, Kelsen afirma que en los sistemas estáticos las normas se deducen unas de otras: una norma es válida si su contenido puede deducirse del contenido de una norma superior y, en última instancia, del contenido de la norma fundamental. En cambio, en un sistema dinámico las normas se producen unas por medio de las otras: una norma es válida si ha sido producida de la manera determinada en una norma superior y, en última instancia, de la manera determinada en la norma fundamental. En el Derecho, como orden normativo dinámico, la relación jerárquica de dependencia entre las normas es una relación de regulación de la producción. Las normas superiores regulan la creación de las normas inferiores⁷⁴.

4.5. Interpretación jurídica.

El jurista Kelsen trata el tema de la interpretación en su obra “Teoría Pura del Derecho”. Kelsen distingue en ésta dos tipos de interpretación: la interpretación no auténtica, que realizan todos aquellos que no conforman los órganos aplicadores del Derecho, dentro de la cual se incluye la que efectúa la Ciencia del Derecho, y la auténtica, que es la que desarrollan los órganos jurídicos de aplicación. En el presente apartado nos referiremos a la auténtica, por ser la que afecta a la actividad de los órganos jurisdiccionales.

⁷³ “La norma base sólo determina por quién deben ser establecidas las normas del ordenamiento moral o de derecho: es decir, sólo está determinada la autoridad superior que establece normas, sin considerar el contenido de las normas por establecer por esta autoridad autorizada.” KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. México. 2004. Pág. 252.

⁷⁴ CUENCA GÓMEZ, P. “Una aproximación a la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”. “Una aproximación a la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”. *El tiempo de los derechos*. Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Número 3. 2010. Págs. 1-17.

Kelsen, con carácter general, concibe la interpretación jurídica como el proceso consistente en establecer el sentido de la norma. Más concretamente, como un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del Derecho, en su tránsito de una grada superior a una grada inferior. Según Kelsen, no sólo se interpreta cuando el juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder Legislativo legisla, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar la Carta Magna. Sostiene que hay también una interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etc. En síntesis, toda norma es interpretada en la medida en que se desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación. El objeto de la interpretación para Kelsen son, por tanto, todas las normas jurídicas, ya se trate de una norma superior (la Constitución), bien de las normas generales que se encuentran por debajo de ella (leyes y normas consuetudinarias), o bien de las normas individuales situadas en la base de la pirámide (sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos,...)⁷⁵.

En su teoría pura del Derecho, Kelsen describe el proceso de aplicación y de interpretación del siguiente modo:

“...para individualizar la norma general que aplica el tribunal tiene, por de pronto, que establecer si en el caso que se le presenta aparecen las condiciones que una norma general determina en abstracto para la aplicación de la consecuencia sancionadora... Esta verificación del hecho condicionante válido de la consecuencia de lo ilícito incluye el establecer la norma jurídica general aplicable, es decir, establecer que hay una norma general válida que enlace al hecho dado una sanción. El tribunal no sólo tiene que responder a una *quaestio facti*, a una cuestión de hecho, sino también a la *quaestio iuris*, a la pregunta por el Derecho...”⁷⁶

Por tanto, para este autor, la elaboración de toda norma, incluida la sentencia, que para Kelsen es una norma individual, presenta un momento de reproducción o aplicación

⁷⁵ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 52-97.

⁷⁶ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Pág. 247.

de la norma superior, es decir, de inexorable vinculación a un Derecho preexistente⁷⁷. Kelsen alude a la imagen del marco para referirse a los límites dentro de los cuales se ha de desarrollar la labor interpretativa del juez. La norma jurídica general es el marco dentro del cual ha de producirse la norma jurídica individual, que es la sentencia. En este sentido, Kelsen indica la necesidad de que la sentencia sea la que determine en el caso concreto los términos de aplicación de la norma general, el sentido que la misma tiene en el litigio concreto.

En la construcción kelseniana, la interpretación jurídica, entendida como conocimiento del sentido del objeto interpretado, arroja como resultado la determinación del marco que expone el Derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Este símil supone que determinadas interpretaciones de las normas, para Kelsen, no deben ser admitidas. De esta forma, es posible hablar de interpretaciones posibles e imposibles, válidas e inválidas: todo acto de aplicación es conforme a Derecho – esto es, válido – si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible.

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que el alcance que Kelsen define de la jurisprudencia en su faceta interpretativa es limitado. Así, para Kelsen, la tarea de la jurisprudencia debe mantener un carácter descriptivista, ciñiéndose a describir el lenguaje jurídico⁷⁸. No obstante, dentro de tales límites, esta teoría admite que siempre existirá un margen de libre discrecionalidad para el órgano aplicador debido a la indeterminación de las normas generales en virtud de las cuales se elaboran las normas individuales. Esta indeterminación puede afectar al hecho condicionante (presupuestos fácticos de la norma) o bien a la consecuencia condicionada (las consecuencias que prevé aquélla).

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, L. “Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”. *Revista española de derecho constitucional*. Nº 14. 1985. Págs. 353-378.

⁷⁸ A pesar de que el propio Kelsen, como después mencionaremos, describe la función judicial como creativa. En contraste con esta doctrina, para Bobbio, por ejemplo, la jurisprudencia tiene un alcance más amplio. Así, tiene por tarea fundamental el análisis de las normas jurídicas, con tres funciones esenciales: hacer más riguroso el lenguaje del legislador (fase de purificación), completarlo lo más posible (fase de integración); y la tercera sería reducirlo a sistema (fase de ordenación del lenguaje jurídico). RUIZ MIGUEL, A. *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1983. Pág. 177.

La indeterminación en las normas jurídicas puede ser, según Kelsen, de dos tipos: intencional o no intencional. La no intencional tiene su origen en los fallos técnicos cometidos en el proceso de su producción. Kelsen menciona en su obra tres de estos defectos:

- La ambigüedad: la falta de univocidad del sentido lingüístico, que conlleva la existencia de una multiplicidad de significados posibles para la norma afectada.
- La discrepancia entre la voluntad de la autoridad editora de la norma y la expresión literal de la norma (en este caso se podrá recurrir a la investigación de la voluntad de la autoridad a través de fuentes diferentes a la propia expresión lingüística de la norma).
- Las contradicciones normativas.

La indeterminación intencional hace referencia a los casos en que las normas, por voluntad de sus creadores, facultan, expresa o implícitamente, a los órganos a los que corresponde su aplicación a cubrir esa indeterminación, aunque el mismo efecto tendrían, a su juicio, los casos en que la indeterminación se genera de manera no intencional, debido a los defectos que afectan a las normas jurídicas⁷⁹. En este caso, el margen que se le atribuye al órgano aplicador no implica que la norma esté indeterminada, en el sentido de que se tenga que elegir entre distintas interpretaciones, sino que sólo quiere decir que el órgano puede elegir una de las opciones que la norma le brinda. En todo caso, Kelsen advertía de los peligros de esta indeterminación, al expresar:

“Si se desea restringir el poder de los Tribunales y, con ello, el carácter político de su función, entonces debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación... Existe el peligro de un desplazamiento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, que puede ser expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento... éste no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es, asimismo, válido para las relaciones entre la ley y los Tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican...”⁸⁰

⁷⁹ LIFANTE VIDAL, I. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 25. 2002. Págs. 424 y sigs.

⁸⁰ KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tecnos. Madrid. 1995. Pág. 33 y 34.

En suma, Kelsen alude en el ámbito de la indeterminación de las normas a supuestos heterogéneos, que no todos encajarían en los problemas propios de la interpretación de las normas *strictu sensu*, dado que exceden de los mismos⁸¹, aunque de lo expuesto se deduce que la función de la jurisprudencia, en el ámbito interpretativo, permitiría – a su juicio – cumplir ciertas funciones, no reconocidas desde los postulados de la Exégesis, como precisar el significado de una norma en un supuesto concreto, detallando los términos generales de la misma y eligiendo entre las distintas opciones ofrecidas por el legislador al intérprete.

4.6. Discrecionalidad.

Kelsen reconoce como fuentes de discrecionalidad: las deficiencias existentes en las propias normas, fundamentalmente las relativas a la vaguedad o ambigüedad del lenguaje jurídico; y la propia voluntad del legislador, que puede atribuir al juez la facultad de elegir al aplicar una concreta norma dentro de un determinado ámbito o de diferentes alternativas que la misma contempla.

Kelsen considera que -dado que el Derecho se configura como un marco aplicable dentro del cual existen varias posibilidades de aplicación, lo que conlleva un carácter creativo en la elección que efectúa el órgano aplicador, todo acto de aplicación del Derecho, también de los órganos jurisdiccionales, es, al mismo tiempo, un acto de creación:

“Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno y otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter político que tiene la legislación, aunque en una medida mayor...”⁸²

Por tanto, Kelsen atribuye a las sentencias judiciales un carácter constitutivo:

“... la sentencia judicial, como se suele suponer, no tiene un carácter meramente declaratorio. El tribunal no sólo tiene que descubrir y reformular un Derecho ya con-

⁸¹ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 52-97. Lifante concluye que Kelsen no justifica que en todos los casos, necesariamente, exista indeterminación, pues pueden existir supuestos en los que ello no sea así.

⁸² KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tecnos. Madrid. 1995. Pág. 19.

cluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del Derecho y, en este sentido, declaratoria..."⁸³

Las sentencias judiciales tienen carácter constitutivo en una doble vertiente: respecto a las normas (la sentencia judicial crea una norma individual que ella misma contiene) y respecto a los hechos (la condición de la sanción impuesta por una norma no es el hecho en sí, sino el establecimiento de que tal hecho ha tenido lugar). La sentencia, así, crea una nueva norma individual, norma que carecía de validez antes de ese acto de voluntad.

Defiende Kelsen, en suma, el antilegalismo en la teoría de la aplicación e interpretación del Derecho, que implica que la sentencia nunca es meramente declarativa, sino que es siempre constitutiva del Derecho (decisionismo judicial en el marco de las reglas generales y la función exclusivamente volitiva selecciona la posibilidad)⁸⁴.

No obstante, si bien Kelsen parte de la consideración de que la interpretación jurídica no es una actividad cognoscitiva, sino que constituye una labor creadora en la que el juez proyecta sus propios valores (actividad que, desde la teoría pura del Derecho, no puede constituir el objeto de la teoría del Derecho, sino que es una cuestión propia de la política jurídica), postula, al mismo tiempo, la reducción del subjetivismo de la decisión judicial. Es por ello que, en el ámbito de la justicia constitucional, propone la sustracción del control de constitucionalidad de las leyes a un Tribunal *ad hoc*, que no enjuicia la adecuación de la norma al caso concreto (excluyendo de aquél la ponderación de circunstancias de hecho o intereses), sino que verifica un juicio de compatibilidad lógica entre dos productos jurídicos: la Constitución y la ley. Así, Kelsen garantiza -mediante esta construcción institucional- el principio de jerarquía y el de la supremacía de la ley y, aun reconociendo el momento creativo de toda interpretación, pretende depurar la misma de elementos ideológicos⁸⁵.

⁸³ Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Págs. 247-248.

⁸⁴ Calsamiglia, A. "El Derecho como integridad: Dworkin". Working paper. N° 25. Barcelona. 1990.

⁸⁵ El análisis del Tribunal Constitucional en el contexto de la teoría pura del Derecho kelseniano pone de relieve, por ello, la confianza que en el fondo deposita el normativismo kelseniano en las posibilidades de la

Kelsen, en suma, parte de la consideración de que en la actividad de los tribunales existe un margen de discrecionalidad que tiene su origen en una pluralidad de causas, anteriormente aludidas (comprendidas en la indeterminación intencional y no intencional de las normas). La determinación del sentido de la norma para su aplicación al caso será, por tanto, fruto de una decisión libre, de una decisión no vinculada por el ordenamiento, de una decisión discrecional. De este modo, parte de las premisas de que la jurisdicción desempeña una tarea discrecional, pues ni la determinación del contenido de las disposiciones normativas ni la cualificación de los hechos son simples operaciones técnicas.

La discrecionalidad es, para Kelsen, un fenómeno inherente a todo proceso de concreción y aplicación del Derecho y que, por tanto, se presenta en todas las gradas del ordenamiento. En este sentido, para él no existe diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa, entre la discrecionalidad que se ejerce en la elaboración de una ley conforme a la Constitución y la que se ejerce al dictar una sentencia judicial o un acto administrativo. Para este autor, los procesos de aplicación y creación del Derecho son siempre correlativos. En todas las gradas del ordenamiento hay tanto un proceso de aplicación (puesto que la norma superior determina un abanico de posibilidades), como de creación (pues dentro de este abanico debe elegirse, de manera discrecional, una opción)⁸⁶. Indica en este sentido:

“Pero, inclusive, en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general tiene que dejarse a la función productora de Derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad. La norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto. En el procedimiento mediante el cual se individualiza una norma jurídica positiva general el órgano de aplicación de la misma siempre tiene que determinar momentos que no se encuentran aún concretados en la norma general, y que no pueden ser determinados. La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica

lógica dentro del razonamiento jurídico. PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos. Madrid. 1993. Págs. 73 y sigs.

⁸⁶ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 52-97.

positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminedar su contenido.”⁸⁷

Kelsen considera que siempre existe un margen de discrecionalidad para el órgano aplicador porque la relación entre una grada superior y una grada inferior del orden jurídico es de una incompleta determinación; de este modo, siempre habrá un grado de indeterminación que se configure en un abanico de posibilidades de aplicación. Este último punto lo comparte Hart, para quien tanto en la legislación como en los precedentes, el uso de términos clasificatorios generales, indefectiblemente, da lugar a la presencia de indeterminación en las zonas marginales de todas las normas⁸⁸.

Así, la concepción kelseniana sobre la interpretación, que implica que la misma es un acto de voluntad, un acto creador del Derecho respecto del cual no existen procedimientos mediante los cuales pueda conocerse la correcta interpretación de una norma, conlleva la admisión de que, desde la ley, se obtienen distintas soluciones, no pudiéndose considerar que una de ellas sea la correcta. Para Kelsen, por tanto: “no existe ningún método caracterizable jurídico-positivamente, según el cual uno entre varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el correcto”⁸⁹. En este sentido, Kelsen rechazó que la valoración de los intereses, la concreción de la voluntad del legislador o el seguimiento literal de los términos de la ley puedan ser métodos equiparables y, por tanto, definitivos para determinar la solución final. El “argumento a contrario” y la analogía son considerados también carentes de valor, pues conducen a resultados contrapuestos⁹⁰. Y si bien Kelsen admite que determinadas fuentes no jurídicas, entre ellas la Moral, pueden influir en los procesos de creación y aplicación del Derecho, no las hace objeto de su análisis. Por tanto, en el proceso de aplicación de la norma al caso concreto sí admite Kelsen que la moral crítica puede influir en la decisión que, en última instancia, adopta el juez, aunque se entiende que la influencia de la Moral y de los factores extrajurídicos es-

⁸⁷ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Méjico. 1982. Págs. 253-254.

⁸⁸ URSÚA, J.F. “Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N°. 20. 2004. Págs. 255 y sigs.

⁸⁹ KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004. Pág. 352.

⁹⁰ KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004. Págs. 262-265.

taría condicionada por el marco que la norma ha delimitado y, por tanto, en el ámbito en el que Kelsen considera que existe discrecionalidad para el juzgador⁹¹.

Por ello, cuando la interpretación se realiza con la vista puesta en la aplicación, la autoridad competente tiene que escoger una de las significaciones de la disposición jurídica en cuestión, en aras de poder alcanzar una decisión, que no es la única correcta, pero sí una entre las posibles. Por tanto, el procedimiento de interpretación no conduce a descubrir el único sentido correcto de la norma sobre la base del cual proceder a efectuar la única aplicación posible.

Es decir, Kelsen admite que el juez siempre puede optar entre diversas soluciones posibles: la interpretación de una ley no conduce a una eventual decisión correcta, sino a varias de igual valor, pero sólo una se convertirá en Derecho positivo en el acto de aplicación del Derecho. A similar solución llega Kelsen cuando trata las contradicciones entre diferentes normas jurídicas (en este caso Kelsen no detalla criterios para conducir la discrecionalidad del intérprete). Para Kelsen, ambas están en pie de igualdad desde el punto de vista del Derecho positivo y, por tanto, no hay un método inequívoco que conduzca a un solo resultado, sino que éste dependerá de la voluntad del órgano encargado de la aplicación del Derecho. No existe posibilidad de control respecto de la decisión que en última instancia adopte el órgano decisor, puesto que no existen parámetros delimitados para su adopción.

Kelsen, por tanto, admite que los jueces pueden producir normas jurídicas individuales. No obstante, sólo admite la posibilidad de que produzcan normas jurídicas generales en dos supuestos y siempre que estén previamente habilitados por una ley: en el caso de los precedentes y en el supuesto de que normas superiores faculden expresamente a los órganos jurisdiccionales para llevar a cabo tal creación. Pero esta segunda posibilidad es duramente criticada por Kelsen, pues descansa, a su juicio, en la creencia errónea de que en el ordenamiento existen lagunas. En realidad, para la teoría kelseniana estos supuestos podrían incluirse en las que se han venido a denominar “lagunas valorativas”, es decir, a supuestos en los que existe solución para el caso, pero la misma se considera inadecuada

⁹¹ ESPUNY, M.C. “La aplicación del Derecho”. *A part rei. Revista de Filosofía*. N° 25. Enero 2003. Págs. 1-7.

política o éticamente, por lo que estas lagunas supondrían una subordinación del Derecho a las cuestiones éticas⁹².

Así, cuando un determinado hecho no está previsto en una norma general, Kelsen considera que se debe rechazar la demanda o absolver al acusado, "...por no existir ninguna norma jurídica general válida que enlace a ese hecho una sanción"⁹³. Kelsen sostiene, por tanto, que las lagunas "...no existen ...cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el Derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada...; también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no está obligado, puesto que impone a cada sujeto la obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que no está prohibido. Por consiguiente, el Derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio. Desarrolla, así, su argumento en torno al principio que todo lo que no está prohibido está permitido; lo que significa que todo sistema jurídico, a través de esa fórmula, adopta un principio de clausura"⁹⁴.

En suma, Kelsen rechaza la teoría de las lagunas del Derecho. Si un hecho no está contemplado por la norma se debe absolver al acusado o desestimar la demanda:

"...si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello constituye también aplicación del Derecho."⁹⁵

⁹² LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 52-97.

⁹³ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Pág. 251.

⁹⁴ BASTERRA, M.I. "El problema de las lagunas en el Derecho". *Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Septiembre de 2003.

⁹⁵ Algunos autores, como Lifante Vidal (LIFANTE VIDAL, I. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 25. 2002. Págs. 413-439) consideran que Kelsen defiende la existencia de dos fuentes de discrecionalidad judicial: la atribución o delegación de un poder; por otro, la ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos. No obstante, otro amplio sector doctrinal, representado entre otros por Dovanovic, Basterra, Ursúa o Calsamiglia consideran que Kelsen sólo admite la primera fuente de la discrecionalidad y no la segunda, pues en caso de indeterminación la cláusula de cierre del sistema que indica impediría el ejercicio de la discrecionalidad en estos supuestos. En este trabajo nos identificaremos con esta segunda posición doctrinal, que consideramos más coherente con la inadmi-

212

Kelsen admite, por tanto, la completitud del sistema, en el sentido de que desde el mismo se puede dar solución a todos los supuestos fácticos, y, simultáneamente, cierto ámbito de indeterminación jurídica en el propio sistema, pues acepta que existan supuestos que no estén regulados expresamente por una norma concreta⁹⁶.

Kelsen, así, no admite como criterio que el juez pueda crear una nueva norma ante una laguna del Derecho, puesto que ello implica, para el caso de que el legislador lo previera, incurrir en una ficción jurídica que no se corresponde con las funciones que debe ejercer el órgano jurisdiccional, dado que se extralimitaría en su ámbito de actuación, no aplicando la cláusula que, para él, ha de cerrar el orden jurídico anteriormente aludida (“lo que no está prohibido está permitido”). En suma, para Kelsen el Derecho es necesariamente completo. Su cláusula de cierre permite resolver todos los supuestos desde el sistema jurídico. Su discrecionalidad sólo se admite para concretar y aclarar los términos de una norma general al supuesto concreto dentro del marco normativo impuesto por el precepto abstracto del sistema.

4.7. Argumentación.

De lo expuesto se deduce que, ya desde Kelsen, el razonamiento jurídico se presenta más complejo que desde las posiciones exegéticas, exigiendo con frecuencia ponderar diferentes normas, no necesariamente excluyentes, que orientan la solución para el caso concreto, sin llegar a una determinación total⁹⁷.

No obstante, la posición kelseniana, aun a pesar del reconocimiento de cierto ámbito de discrecionalidad, impone una soberanía del legislador en el razonamiento jurídico. Él lo regula todo, fuera del mismo no existe razonamiento, sólo se ha de desestimar o rechazar la demanda. Se simplifica el material jurídico que ha de valorar y considerar el

sión que Kelsen realiza de las lagunas del Derecho. es decir, las indeterminaciones para Kelsen no llegarían a admitir las lagunas del Derecho y, por ende, el ejercicio de la discrecionalidad en estos últimos supuestos.

⁹⁶ Desde esta perspectiva, Del Real aduce que en la teoría de Kelsen existe una paradoja, pues no parece lógico admitir un Derecho “indeterminado” y, a la misma vez, un Derecho “sin lagunas”. DEL REAL AL-CALÁ, A. “¿Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. 2007. Págs. 1-8. Localizable en: <http://www.uv.es/CEFD/15/delreal.pdf>, a fecha de enero de 2011.

⁹⁷ PRIETO SANCHÍS, L. “Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”. *Revista española de Derecho Constitucional*. Nº 14. 1985. Págs. 353-378.

juez para resolver el litigio en cuestión, pues desde el monismo jurídico (el legislador) se obtiene la resolución de los hechos enjuiciados. La racionalidad deductiva y lineal permite hallar la solución particular desde la regla general, mediante inferencias lineales y jerarquizadas. El argumento fuerte de la controversia jurídica no es otro que la invocación, en apoyo de la interpretación que se sostiene, de la racionalidad del legislador, garante de la coherencia lógica y de la armonía ideológica del sistema⁹⁸. Así, aun considerando las reticencias de Kelsen en cuanto a la posible existencia de una lógica jurídica, en su análisis se alude al silogismo como el esquema argumentativo de referencia, con omisión de cualquier otro⁹⁹.

Como ya se ha aludido con anterioridad, para Kelsen la cuestión de cuál es la posibilidad “correcta” en un litigio concreto y en el marco del Derecho aplicable no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del Derecho positivo, es decir, no es una pregunta teórico-jurídica, sino un problema político. La elección dentro del marco de las interpretaciones posibles es, por tanto, desde la óptica kelseniana, influida de nuevo en este punto por el relativismo moral, un acto puramente volitivo y subjetivo. De este modo, Kelsen se despreocupa por la cuestión de la justificación de las decisiones y de la argumentación jurídica, rechazando la posibilidad de analizar racionalmente la elección discrecional del intérprete¹⁰⁰. La decisión judicial escapa a todo intento de estudio sistemático, a todo intento de justificación, de argumentación, a su favor o en su contra¹⁰¹. En la producción de los órganos que aplican Derecho, las reglas del método jurídico —el razonamiento jurídico— no tienen un papel muy relevante para Kelsen ya que, según él, no existe genéricamente ningún método según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una

⁹⁸ OST, F. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 14. 1993. Págs. 169-194.

⁹⁹ En este sentido, en la Teoría general de las normas analiza en el capítulo 58 el silogismo y su relación entre la norma general y la individual. KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. México. 2004. Págs. 224 y sigs.

¹⁰⁰ CUENCA GÓMEZ, P. “Una aproximación a la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”. *El tiempo de los derechos*. Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. N° 3. 2010. Págs. 1-17.

¹⁰¹ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 52-97.

norma pueda ser designado como el correcto¹⁰². Esto significa que no habría un método que nos permita dar preferencia a las distintas posibilidades en el marco de una norma. Kelsen se despreocupa, así, de incluir la motivación como parte integrante de la sentencia: para Kelsen la sentencia estaría constituida únicamente por la resolución o parte dispositiva¹⁰³.

La teoría de Kelsen puede encuadrarse, por ello, dentro del modelo decisionista. Según esta tesis, en los casos difíciles¹⁰⁴ el juez se convierte en legislador y debe resolver un problema de "política jurídica". Al hacerlo está resolviendo según su libre discreción. Su resolución está basada en un acto de voluntad.

Atienza¹⁰⁵ enumera, en virtud de lo expuesto, ciertos rasgos de la teoría kelseniana que la hacen antagónica con respecto a una de tipo argumentativo:

- a. El énfasis que pone en el análisis estructural del Derecho, es decir, el Derecho es visto como conjunto de normas, frente al enfoque funcional sociológico o el enfoque valorativo. Contrapone, así la ciencia del Derecho (normativa y estructural) con la sociología del Derecho.
- b. La validez del Derecho, para Kelsen, es una cuestión de autoridad, de *fiat*, no de argumentación racional.
- c. El Derecho es analizado como un objeto, más que como una actividad o una práctica.

¹⁰² DOVANOVIC, P. "El sentido de la discrecionalidad según Kelsen y Hart". Localizable en: C:\Documents and Settings\UJA\Configuración local\Archivos temporales de Internet\Content.IE5\BSQ0GXHG\El_Sentido_de_discrecionalidad_según_Kelsen_y_Hart.doc[1].zip, a fecha de diciembre de 2010.

¹⁰³ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 52-97.

¹⁰⁴ Contraponemos los casos fáciles, en los que el significado de las reglas permite establecer con claridad cómo ha de decidirse conforme a Derecho un determinado caso, de los difíciles, en los que el sistema jurídico no prevé una evidente solución al supuesto concreto, en los que el Derecho no es explícito. En los casos fáciles incluiríamos aquellos sobre los que ya existe una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la cuestión jurídica controvertida.

¹⁰⁵ ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. Págs. 29-30.

- d. El emotivismo ético, la consideración de la justicia como un ideal irracional y, en consecuencia, la negación de la posibilidad de la razón práctica.
- e. La tesis del último Kelsen de que no hay relaciones lógicas entre las normas y, por tanto, la imposibilidad de justificar racionalmente las decisiones jurídicas, es decir, la negación radical del discurso justificativo.
- f. En última instancia, su concepción de la interpretación jurídica, ya explicitada con anterioridad.

4.8. Implicaciones de la *teoría pura del Derecho* en el ejercicio de la función jurisdiccional.

4.8.1. Fuentes del Derecho.

Una de las grandes aportaciones de la doctrina kelseniana es su intento de sistematizar el conjunto del Derecho como orden normativo en torno a un criterio de validez formal, delimitado por la Constitución y por la Norma Fundamental (ésta última en un orden supranormativo). Todas las normas y las decisiones, según Kelsen, pueden reconducirse a la unidad, según las posiciones doctrinales apuntadas anteriormente.

Se admiten como fuentes del Derecho, según la teoría de Kelsen, el Derecho positivo y la ley, como fuente principal (en sentido formal, ley y reglamentos), y también la costumbre y las decisiones de los órganos jurisdiccionales, que pueden constituir normas individuales cuando resuelven un caso concreto, así como normas generales (mediante el denominado precedente judicial) siempre que, en este último supuesto, los órganos judiciales estén habilitados por una norma jurídica para ello. La Constitución se concibe como una norma institucional y jerárquicamente superior, aunque su eficacia normativa se tutela, exclusivamente, a través de su desarrollo legislativo y del control de constitucionalidad de las leyes. En cambio, los principios, para Kelsen, son sólo postulados no obligatorios que implican un riesgo, una vía que puede permitir que el intérprete introduzca su moral e ideología.

Hay que considerar, asimismo, que, como se ha concretado en el apartado relativo a la interpretación jurídica, desde esta posición doctrinal se sigue concibiendo al sistema jurí-

dico como algo completo, pues, para Kelsen, si un supuesto fáctico no está contemplado en una norma se ha de absolver o de desestimar la demanda (cláusula de cierre). No se admite, por tanto, la existencia de lagunas en el propio sistema, por lo que no se aportan soluciones ante las mismas.

Sin embargo, Kelsen reconoce la existencia de ciertas insuficiencias en las normas del sistema que la Escuela de la Exégesis no admitía, referidas en el apartado relativo a la interpretación¹⁰⁶.

4.8.2. Relación entre Derecho y Moral.

Para Kelsen la Moral constituye un sistema independiente y plenamente autónomo del Derecho. La validez del Derecho es independiente de la justicia.

No obstante, Kelsen mantiene que la actividad del juez a la hora de interpretar y aplicar la ley no es sólo una actividad cognoscitiva, sino también, y principalmente, volitiva. Puede haber una actividad cognoscitiva de los hechos del caso y del contenido de la norma jurídica, pero también de normas morales, de justicia o de juicios de valor sociales, elementos todos ellos extrajurídicos, que se transformarían en normas positivas en el acto de aplicación del Derecho. Es por ello que la Moral (moral crítica) podría mantener cierta relevancia, no concretada y detallada por Kelsen, en el proceso de aplicación del Derecho al caso concreto.

4.8.3. Interpretación jurídica.

Para Kelsen, a través de la interpretación se delimita el sentido de una determinada norma, permitiendo una concreción de la misma a un caso. La interpretación, en primer lugar, ha de localizar la norma aplicable (interpretación del Derecho) y después aplicarla al supuesto dado, tras la concreción de los hechos (con la valoración probatoria). El alcance que Kelsen define de la jurisprudencia en su faceta interpretativa es, por tanto, limitado, pues se centra en describir y concretar el lenguaje jurídico.

¹⁰⁶ Aludimos a las indeterminaciones no intencionales admitidas por Kelsen por distintas causas: ambigüedad del lenguaje, contradicciones entre diferentes normas y contradicción entre el tenor literal de la norma y la voluntad del legislador. No incluiríamos las lagunas del Derecho, que Kelsen no admite.

La actividad interpretativa, además, ha de desarrollarse siempre dentro de unos determinados límites, los conformados por el ámbito que permiten los términos de la norma interpretada (el marco de la misma).

Pero la jurisprudencia, en su faceta interpretativa, podría resolver ciertas contingencias, como las contradicciones entre diversas normas (o entre éstas y la voluntad del legislador) y la concreción de los términos de una norma ante la indeterminación de la misma o la ambigüedad de sus términos. Pero todo ello, no de una forma sistemática o desde criterios jurídicos, pues desde la doctrina de Kelsen la solución final dependería de un acto de voluntad del órgano judicial. Aunque, en ningún caso, la interpretación podría integrar las lagunas existentes en el sistema, pues Kelsen no las reconoce.

Desde la teoría kelseniana se otorga, no obstante, una mayor complejidad a la labor de interpretación del Derecho que a la emanada de la Escuela de la Exégesis. No se concibe la interpretación como una mera operación mecánica que sólo exige la selección de la norma aplicable y la delimitación de los hechos controvertidos, sino que también, desde esta teoría, la interpretación requiere un cierto proceso intelectual, dado que conlleva, en todo caso, una elección del juez entre el ámbito delimitado por el tenor literal de las normas abstractas y generales del sistema y la superación de ciertas incidencias que pueden concurrir en los sistemas jurídicos. Desde esta perspectiva, Kelsen afirma que la sentencia es la continuación del proceso de producción del Derecho, pues la sentencia ha de detallar aspectos no contemplados en la norma que han de ser concretados por el juez. El ámbito de la elección del juez y los criterios de actuación judicial ante dicho ámbito se deducen de la forma en la que Kelsen concibe la discrecionalidad judicial.

4.8.4. Discrecionalidad judicial.

Esta teoría reconoce que en todo proceso de aplicación del Derecho siempre puede existir discrecionalidad. Todos los casos plantean problemas, en el sentido de que el Derecho siempre está indeterminado (aunque no necesariamente por razones lingüísticas). Por tanto, el juez ostenta una cierta facultad creativa, pues ha de integrar las normas del sistema, es decir, ha de detallar el sentido y el tenor de la norma abstracta y general del legislador, mediante otra nueva norma más concreta que otorga respuesta a la problemática planteada en un litigio, en el supuesto de hecho que se somete al juez. Desde este

planteamiento existiría un margen de discrecionalidad de la autoridad judicial, que concretaría el sentido y significado de la norma en el supuesto que se le somete.

De forma que, para Kelsen, la facultad de los tribunales de crear normas nuevas (individuales) al aplicar las normas generales y, por tanto, la discrecionalidad judicial consistiría en la concreción que ha de realizar el juez en la sentencia de los términos más abstractos desde la norma legislativa hasta el supuesto concreto que ha de enjuiciar.

Esta labor tendría lugar en los supuestos en los que la norma no es suficientemente precisa, los cuales son mencionados por Kelsen, constituyendo los mismos, por tanto, causas de la discrecionalidad. Kelsen refiere en su obra las siguientes:

- Los defectos o anomalías del sistema jurídico (por sus contradicciones normativas, por la discrepancia entre el texto con la voluntad del legislador o por sus ambigüedades).
- La potestad que el propio legislador otorga al Poder Judicial para que concrete los términos de las normas generales.

No obstante, en todos estos supuestos, en los que existe cierto margen en la interpretación de las normas, Kelsen no ofrece pautas para delimitar la forma en que el juez ha de interpretar y hallar, finalmente, la solución jurídica del caso que se le somete. En palabras de Vernengo¹⁰⁷, para Kelsen, el juez constituiría una especie de “caja negra”, en el sentido de que los procesos cognoscitivos y volitivos que ocurren en la mente del intérprete y que son el puente entre la norma y el fallo resultan misteriosos e inaccesibles para la teoría del Derecho. Además, para Kelsen, no existe una única solución al caso concreto, no hay una única respuesta correcta, pues el juez siempre podrá elegir, entre los diferentes significados que se deduzcan de la norma y dentro del marco que ella define, una de las posibles opciones admisibles, las cuales tienen igual valor.

En todo caso, la elección que realice el juez no puede estar guiada por parámetros exclusivamente jurídicos, pues la decisión final es un acto de voluntad. En el ejercicio de la discrecionalidad el juez ha de respetar el marco normativo de la norma general, pero

¹⁰⁷ VERNENGO, R. *La interpretación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1977. Pág. 11.

más allá no pueden detallarse desde la Ciencia del Derecho, según Kelsen, criterios metodológicos para hallar la solución adecuada al caso concreto. Los métodos interpretativos no sirven para llegar a un único resultado correcto, sino que sólo condenan a distintos resultados posibles, no existiendo manera de privilegiar uno de estos métodos frente a los otros. Por ello, no puede considerarse que la interpretación resultante de uno de ellos sea superior a la resultante de los otros.

Ello, a su vez, implicaría la imposibilidad de efectuar un control racional sobre la validez de las argumentaciones, a favor o en contra, de las distintas opciones que se le presentan al intérprete.

En todo caso, la discrecionalidad que Kelsen concede al juez no llegaría al punto de permitirle crear una nueva norma si algún supuesto no estuviera contemplado en las normas del sistema. Ante ello, el juez sólo ha de rechazar la demanda, sin mayor ámbito de actuación.

4.8.5. Argumentación.

Desde la concepción kelseniana, la argumentación jurídica sería más compleja que la determinada por la Escuela de la Exégesis. Así, desde una perspectiva material, comprendería no sólo la justificación de la elección de una norma concreta, sino también otras cuestiones, como la concreción del significado y del sentido de los términos generales de la norma para ser aplicada al caso concreto, así como las razones por las que se opta por una posición interpretativa determinada en el caso de que se observaran ciertas deficiencias en el sistema jurídico (indeterminación no intencional por: contradicciones entre normas, ambigüedad de las mismas o contradicción con la voluntad del legislador) o en el supuesto de que el legislador otorgara cierto ámbito de decisión al juez para adoptar la solución concreta (indeterminación intencional). En ocasiones, el razonamiento exigiría el análisis comparado entre diferentes normas del sistema.

No obstante, desde Kelsen, el razonamiento seguiría siendo esencialmente normativo: fuera de las normas no existen otros argumentos racionales para sostener un razonamiento, pues cuando existe una indeterminación en el material normativo del sistema o cuando hay que detallar el sentido de la norma no se ofrecen, desde esta teoría, elementos

para sistematizar la decisión última¹⁰⁸. Fuera de las normas no existe razonamiento susceptible de control jurídico, pues la decisión última es un acto de voluntad.

Esta teoría, así, cuando ha de afrontar el ejercicio de la discrecionalidad por el juez, no ofrece razones justificativas para adoptar una decisión como aceptable por el Derecho (es decir, que muestren la decisión final como producto de una plena coherencia y legitimidad desde aquél). Ofrecería razones explicativas (que pueden fundamentar una decisión), pero no justificativas.

Por ello, desde la perspectiva de la argumentación formal, la figura del razonamiento deductivo, representada por el silogismo (subsunción del hecho en la norma), sigue manteniendo una posición preponderante. Si se constata que un supuesto no está contemplado en las normas existentes se debe desestimar la demanda, no contemplándose otras alternativas. Y si existe cierto ámbito de discrecionalidad para el juez en el caso concreto, por cualquiera de las causas ya analizadas, Kelsen no ofrece ningún recurso, modelo de razonamiento o esquema argumentativo para sostener la decisión última que el juez puede adoptar.

5. EL *SOFT POSITIVISM*: H.L.A. HART

5.1. Antecedentes y contexto.

El pensamiento jurídico de Hart muestra influencias de diversas fuentes. La teoría analítica jurídica, el utilitarismo anglosajón y el positivismo constituyen los paradigmas teóricos sobre los que se fundamenta su concepción del Derecho, lo que motiva que su teoría la incluyamos en el ámbito de las positivistas, si bien este autor se ha mostrado crítico con ciertas posiciones encuadradas, tradicionalmente, en el positivismo, como la concepción imperativista del Derecho de Austin o los postulados iusfilosóficos de Kelsen¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Sólo refiere de forma genérica que existen fuentes no jurídicas que pueden influir en la creación y aplicación del Derecho, aludidas en el apartado de las fuentes del Derecho.

¹⁰⁹ DABOVE, M. I. “El concepto de Derecho en la teoría de H.L.A. Hart. Perspectiva tridimensional”. *Investigación y Docencia*. 2003. Págs. 33-53.

La teoría de Hart muestra su preocupación por cinco grandes cuestiones, a saber: la necesidad de elaborar una concepción general del Derecho; la importancia que presenta el vínculo entre lenguaje y realidad (influenciado en este ámbito por las corrientes analíticas); la distinción entre el punto de vista interno y externo para analizar el sistema jurídico; el concepto de regla y su clasificación; y, en última instancia, la distinción entre Derecho y Moral.

5.2. Concepción del Derecho.

Hart entiende a las normas como reglas sociales y, concretamente, las reglas del Derecho, como razones para la acción y como pautas de conducta con diversas funciones, que forman un sistema unitario en virtud de su reconocimiento por los funcionarios y los ciudadanos.

Dentro de las normas jurídicas que conforman el sistema distingue las *reglas primarias*, que determinan que los seres humanos hagan u omitan algo (imponen deberes), y las *reglas secundarias*, que conceden la posibilidad de que los seres humanos puedan introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación (en definitiva, confieren potestades, públicas o privadas). Mientras que las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, las *reglas secundarias* se ocupan de las *reglas primarias*, especificando la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y determinada, incluso, su violación¹¹⁰. Estas últimas reglas hacen posible el otorgamiento de testamentos, la celebración de los contratos y muchas otras figuras generadoras de derechos y deberes.

En suma, para Hart, el Derecho puede ser caracterizado como una unión de *reglas primarias* de obligación con *reglas secundarias*. Dentro de estas últimas distingue distintas modalidades (*reglas de cambio, adjudicación y de reconocimiento*), que detallamos brevemente.

El remedio para evitar que las reglas primarias dejen de renovarse se consigue mediante las denominadas *reglas de cambio*, como la que faculta a un individuo o cuerpo

¹¹⁰ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 117.

de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo. Existe una relación íntima entre estas *reglas de cambio* y las *reglas de reconocimiento*, dado que donde existen las primeras las últimas, necesariamente, incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas.

Otra modalidad de *reglas secundarias* son las *reglas de adjudicación*, que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. Además de definir los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir¹¹¹. Confieren potestades jurisdiccionales y otorgan un estatus especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Definen un grupo de importantes conceptos jurídicos, como juez, jurisdicción y sentencia.

Las *reglas de reconocimiento* (*rules of recognition*) especifican alguna característica o características cuya posesión por una regla es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo (un ejemplo de estas reglas puede ser el hecho de que la regla ha sido sancionada por un cuerpo específico, su larga vigencia consuetudinaria, su relación con las decisiones judiciales,...). Constituyen un criterio de validez jurídica o fuente de Derecho supremo¹¹², de forma que las reglas identificadas por referencia a ellas son reconocidas como reglas pertenecientes al sistema. Estas *reglas de reconocimiento* introducen la idea de un sistema jurídico, dado que unifican las reglas y le atribuyen la idea de validez jurídica. Pero la regla de reconocimiento de Hart constituiría una norma positiva o práctica social, a diferencia de la norma fundamental kelseniana, que sería una norma supuesta o ficticia. En relación con esta cuestión, Hart afirma:

"El último criterio de validez jurídica deriva de la práctica de los tribunales al aceptar lo que en mi libro he denominado «una Regla de Reconocimiento». La Regla de Reconocimiento impone un deber sobre los jueces de considerar ciertas características específicas como identificadores de los *standards* jurídicos que deben aplicar en la decisión de los casos. La puesta en vigor de normas por un legislador supremo –que constituía la obsesión de los viejos positivistas–, sería solamente una de entre la va-

¹¹¹ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 120.

¹¹² HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 133.

riedad de tales características identificadoras. Otras variantes incluyen ciertas formas de costumbre y, especialmente en jurisdicciones anglosajonas, el «precedente», es decir, la derivabilidad, de acuerdo con técnicas específicas, de reglas generales a partir de decisiones judiciales anteriores. Con mucha frecuencia tales criterios de validez estipulados por la Regla de Reconocimiento, identificarán el Derecho, no por su contenido, sino por lo que ha sido llamado su «*pedigrée*», es decir, por su origen o por la manera de su creación, como por ejemplo su promulgación por un legislador o su práctica consuetudinaria durante un suficiente período de tiempo."¹¹³

La distinción analizada respecto a las anteriores reglas permite a Hart identificar a una sociedad avanzada. Se entiende ésta jurídicamente como aquella en la que se reconoce la distinción entre estos tipos de reglas. En caso contrario, cuando esta diferenciación es inexistente, estaríamos ante sociedades poco evolucionadas, dado que estas últimas sólo disponen de normas primarias. Por ello, indica que hay dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. La primera, que las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas y, la segunda, que sus *reglas de reconocimiento* (que especifican los criterios de validez jurídica) y sus *reglas de cambio y adjudicación* tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial.

De estas nociones se vislumbra una evolución de la teoría de Hart respecto de la de Kelsen, dado que el primero admite, junto a las normas que imponen obligaciones, otras normas, que no pueden reducirse al modelo de órdenes generales respaldadas por amenazas, sin alterar radicalmente su naturaleza. Por ello, una de las aportaciones de Hart al entendimiento del Derecho es la presencia de las normas que confieren facultades (*power-conferring rules*) frente a las normas que imponen deberes (*duty-imposing rules*)¹¹⁴.

En suma, para Hart, el Derecho es el conjunto de hechos sociales que se pueden identificar mediante métodos específicos. Cuando el juez utiliza otros elementos no está

¹¹³ HART H.L.A. "El nuevo desafío al positivismo jurídico". *Sistema*. N° 36. Págs. 3-18. Atienza detalla, en la línea de Hart, que a la hora de determinar, desde un punto de vista externo, cuál es la regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico, debe atenderse, en última instancia, a los criterios de validez jurídica aceptados en la práctica de los tribunales. ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J. "La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución". *Revista española de Derecho Constitucional*. N° 47. Mayo-agosto de 1996. Págs. 29-53.

¹¹⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, R. *Post scriptum al concepto del derecho. Estudio preliminar*. Introducción. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000. Pág. XXIII.

aplicando el Derecho, sino que está inventando el Derecho. Por tanto, uno de los objetivos de la teoría de Hart y de su escuela fue establecer los límites del Derecho y distinguir los elementos jurídicos de los extrajurídicos. Su regla de reconocimiento se construye, precisamente, para identificar el Derecho.

5.3. Fuentes del Derecho.

5.3.1. La Constitución.

Hart no prestó una especial atención al ámbito relativo a los derechos fundamentales, de forma que los planteamientos de Hart sobre la cuestión de los derechos no está integrada en una teoría del razonamiento jurídico propia de la práctica jurisdiccional, como pone de manifiesto Ramos Pascua¹¹⁵.

A juicio de Moreso¹¹⁶, la teoría de Hart, en relación con la interpretación constitucional, consideraría, en primer lugar, que la aplicación de la Constitución ha de partir, no sólo de su propio texto, sino de las prácticas y convenciones interpretativas que se añaden al mismo, pues las mismas delimitan su significado del texto constitucional en la mayor parte de las ocasiones. En segundo lugar, atribuiría la interpretación de la Constitución, no sólo al Tribunal Constitucional (porque es falible en la concreción de los derechos y deberes constitucionales), sino también a otros operadores (jurisdicción ordinaria), que pueden desarrollar y completar este proceso interpretativo.

Desde esta posición, por tanto, se reconocería una eficacia inmediata a determinados preceptos constitucionales, concretamente, a los derechos fundamentales, que serían desarrollados en los términos fijados previamente por la jurisprudencia. En cambio, se limitaría la eficacia mediata que en la faceta interpretativa pueden generar otros pre-

¹¹⁵ RAMOS PASCUA, J.A. "Justicia y derechos humanos en el pensamiento jurídico de Hart". *Dikaiosyne. Revista semestral de filosofía práctica*. Nº 25. Julio-Diciembre 2010. Págs. 105-122. Sobre la cuestión de los derechos en la teoría hartiana puede consultarse el ensayo de Hart "¿Existen los derechos naturales?", donde el autor se plantea si puede afirmarse la existencia del derecho natural de los hombres a la libertad. En este ámbito Hart, aun partiendo de la separación entre Derecho y moral, introduce criterios morales: "Las palabras *droit*, *diritto* y *Recht*... , en realidad, delimitan una zona de la moral (la moral de la ley) que tiene características especiales. Esta zona es ocupada por los conceptos de justicia, imparcialidad (*fairness*), derechos y obligaciones... ". HART, H.L.A. "¿Existen los derechos naturales?". *Estudios públicos*. Nº 37. 1990. Págs. 45-61. Cita en las págs. 48 y 49.

¹¹⁶ MORESO, J.J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.1997. Págs. 186-235.

ceptos constitucionales, soslayando la trascendencia y proyección que las teorías principialistas, como la dworkiana, otorgan a los principios y valores constitucionales.

5.3.2. Los principios.

Hart caracterizó los principios, frente a las reglas, por las siguientes características esenciales: en primer lugar, porque los principios son más amplios, generales o no específicos que las reglas; y, en segundo término, porque los principios, al referirse a algún propósito, fin o valor, no sólo confieren una explicación o razón de las reglas que los ejemplifican, sino que contribuyen a su justificación.

Para Hart, los principios tienen una diferencia de grado con las reglas, concretándose dicha diferencia en los siguientes términos: menor incertidumbre o penumbra para las reglas, mayor incertidumbre o penumbra para los principios. Puede establecerse un contraste razonable, establecía Hart, entre reglas casi concluyentes, donde la satisfacción de sus condiciones de aplicación bastan para determinar el resultado jurídico, y principios, por lo general no concluyentes, que sólo señalan hacia una decisión pero que, con frecuencia, no la determinan¹¹⁷.

De forma que, para Hart, los principios, caracterizados por sus diferentes condiciones de aplicación, constituirían uno de los elementos en los que fundamentar una determinada posición interpretativa ante un problema suscitado. En su obra de 1971, *Problemas de Filosofía del Derecho*, Hart habla abiertamente de la presencia en el Derecho de principios, pautas morales y objetivos políticos que se derivan del manejo de las reglas que componen el sistema, y que pueden ser utilizados por el juez en la resolución de los casos difíciles como buenas razones a favor de una determinada decisión¹¹⁸.

Incluso, Hart consideró que los principios pueden también ser identificados por su *regla de reconocimiento*, de manera que pueden ser tomados en cuenta como criterios de validez jurídica, ya sea mediante una referencia genérica a la moralidad o a la justicia, ya

¹¹⁷ PÉREZ JARABA, M. D. "Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart". *Revista de Estudios Jurídicos*. N° 10. 2010. Págs. 247-276.

¹¹⁸ PÉREZ JARABA, M. D. "Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart". *Revista de Estudios Jurídicos*. N° 10. 2010. Págs. 247-276.

sea incorporando algún valor o principio específico. De forma que, si bien reconoció en su obra póstuma *Postscriptum al concepto del Derecho*¹¹⁹ la poca atención que había dedicado al estudio de los principios, admitió la relevancia que los mismos pueden ostentar en la resolución de los casos difíciles¹²⁰, al considerarlos parte del Derecho, pues la regla de reconocimiento puede incorporar como criterio último de validez jurídica principios de justicia o valores morales sustantivos.

Hart, por tanto, podría incluirse entre aquellos autores que postulan una distinción débil entre reglas y principios, de forma que la diferencia entre ambos no es cualitativa, sino relacional y comparativa, de modo que los dos -reglas y principios- juegan un papel similar o análogo en la discreción judicial. La teoría débil, por ello, no desdeña el papel relevante de los principios en la interpretación y argumentación jurídica. Esta concepción de los principios, por otra parte, no supone el abandono de los presupuestos del positivismo jurídico¹²¹.

5.3.3. Otras fuentes del Derecho.

Hart otorgó también relevancia al precedente judicial. En este sentido, afirmó que cualquier cosa que decidan los tribunales, tanto respecto de cuestiones que se encuentran en aquella parte de la regla que parece obvia a todos (*zona de certeza*) como respecto de cuestiones que se hallan en sus márgenes discutibles (*zona de incertidumbre*), lo decidido subsiste mientras que no sea modificado por la legislación. Y en lo que hace a la interpretación de ésta, los tribunales tienen la última palabra sobre la misma, que está dotada de autoridad.

¹¹⁹ HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto del derecho*. Estudio preliminar. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000. Capítulo III (La naturaleza de las reglas) y Capítulo IV (principios y la regla de reconocimiento). Págs. 32-49.

¹²⁰ El concepto de caso difícil en el contexto de la teoría hartiana será examinado en los apartados relativos a la interpretación jurídica y la discrecionalidad.

¹²¹ BARRANCO AVILÉS, M. del C. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid. 2000. Págs. 147 y 148.

5.4. Relación entre Derecho y Moral.

Hart parte en su teoría de la separación conceptual entre Derecho y Moral, de forma que el Derecho injusto para él sigue siendo válido¹²². A pesar de estas consideraciones, Hart introduce la posibilidad de que los criterios de identificación del Derecho que establece en su teoría estén también conformados por criterios o valores morales (materiales). En este sentido, para este autor, no hay ningún obstáculo para que el criterio último de validez jurídica incluya aspectos sustanciales, morales, en definitiva. Esta posibilidad fue reconocida en *El Concepto de Derecho*, y abordada después en el *Post scriptum*, donde defiende un *positivismo suave* (*soft positivism*) que puede asumir perfectamente la inclusión de contenidos morales en los criterios últimos de reconocimiento del sistema. Para Hart, el último criterio de validez jurídico podría explícitamente incorporar, además del *pedigrí*, principios de justicia o valores morales sustantivos y estos podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales:

“La regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos, por lo que mi doctrina es lo que se ha denominado positivismo suave... puede proporcionar pruebas referidas no sólo al contenido fáctico de las normas sino a su conformidad con valores o principios morales sustantivos¹²³.

Asimismo, Hart mantiene que, si bien ha de respetarse la total dicotomía entre la Moral y el Derecho, es lo cierto que, a causa de la textura abierta del lenguaje jurídico,

¹²² Para la diferenciación entre ambos órdenes establece una serie de criterios: el de la importancia (el cumplimiento de las normas morales siempre es considerado vital por el grupo, a diferencia de lo que sucede en el campo de las reglas jurídicas); el de la inmunidad al cambio deliberado (las reglas morales no pueden ser implantadas, modificadas o eliminadas con facilidad por la acción humana deliberada. Como contraposición, las reglas jurídicas sí pueden serlo, dado que cuentan con normas específicas que determinan el contenido y el procedimiento a seguir); el carácter voluntario de las transgresiones morales (la violación de las reglas morales sólo genera responsabilidad si se actúa con la intención expresa de actuar en su contra. Sin embargo, ello no es necesariamente así entre las reglas jurídicas, pues en este ámbito se suelen admitir criterios de responsabilidad); la forma de presión moral (las reglas morales se refieren a los aspectos internos de las conductas, generando un sistema peculiar de presión social, basado en sentimientos negativos de culpabilidad. En las reglas jurídicas, la presión social se ejerce mediante el uso de la fuerza sancionadora por parte de algún organismo estatal).

¹²³ HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000. Págs. 26 y 37. Esta tesis ha sido uno de los orígenes de lo que se ha venido en denominar el positivismo incluyente, representado también, entre otros, por Waluchow o Coleman. CONTRERAS, F.J. “El debate sobre la superación del positivismo jurídico”. *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla)*. N°5. 2007. Págs. 471-502.

una regla de Derecho puede tener un alcance mucho más amplio que el que previó inicialmente el legislador, lo que reviste su importancia, pues abre el camino al ámbito de la discrecionalidad judicial en el que la moral crítica puede jugar su papel¹²⁴. Así, indica que la decisión judicial a menudo implica una elección entre valores morales. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son peculiares de la decisión jurídica, como la imparcialidad y neutralidad, la consideración de los intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Dado que existe una pluralidad de principios no se puede demostrar que una decisión es la correcta, pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada¹²⁵.

Hart, en suma, considera que, si bien el Derecho y la Moral son ámbitos diferenciados, la Moral puede influir en el Derecho, ya sea como criterio para delimitar lo que conforma el propio Derecho (si se incorpora a la regla de reconocimiento), en el uso que los operadores del sistema hacen de los principios morales en las tareas de elaboración de normas (por parte de los legisladores y jueces), en la interpretación fundante de las decisiones judiciales o en la crítica del Derecho proveniente de la doctrina, si bien no admite la necesidad de que un sistema jurídico tenga que exhibir alguna concordancia con la Moral o con la justicia.

De ahí que Hart reconozca que la noción de justicia puede entrar en conflicto con otros valores, como la seguridad general o el bienestar general, y admita la distinción entre la justicia del Derecho y la justicia en la Administración de Justicia, pues nada hay de absurdo en admitir que una ley injusta ha sido administrada con justicia. Es decir, que acepta el análisis del Derecho vigente desde una moral crítica, aunque sin negar el carácter y la naturaleza de Derecho a aquellas normas que puedan ser inmorales¹²⁶.

¹²⁴ DABOVE, M. I. “El concepto de Derecho en la teoría de H.L.A. Hart. Perspectiva tridimensional”. *Investigación y Docencia*. 2003. Págs. 35 - 35.

¹²⁵ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 253.

¹²⁶ Este análisis, según Hart, sólo correspondería realizar a un observador externo, entendido éste como el que no acepta, como guía de su propia conducta las reglas del grupo estudiado. CAJICA LOZADA, G. “Algunos conceptos, distinciones y aspectos interesantes en la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”. *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*. Nº 3. Págs. 121-134.

5.5. Interpretación jurídica.

En el análisis de la interpretación jurídica desde la perspectiva de Hart mencionaremos las cuestiones interpretativas que plantea en relación con la indeterminación que puede plantearse en el sistema jurídico ante un supuesto concreto. Y ello, en cierta medida, porque Hart prestó una gran dedicación en su obra al tema del lenguaje en el ámbito del Derecho, lo que influyó en la forma en que concibió la actividad interpretativa.

Hart refiere en su obra al carácter inevitable de la indeterminación del Derecho, señalando diferentes tipos de indeterminación que están presentes en él: la indeterminación semántica de los conceptos (lo que denomina la *textura abierta del lenguaje*, en la que centra su atención), los supuestos de indeterminación que Hart considera como *más radical*, otros tipos de indeterminación lingüística (como la ambigüedad), la existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso concreto y la indeterminación que puede originarse al tener en cuenta los propósitos perseguidos por la regla. También aquellos supuestos en los que no resulta nítido si una norma del sistema es claramente aplicable (las lagunas). En todo caso, Hart centra su estudio en la indeterminación semántica de los conceptos (la denominada *textura abierta del lenguaje*) y en los supuestos de indeterminación que Hart considera como *más radical*. De esta forma, al reconocer ciertas indeterminaciones en el sistema jurídico, Hart sitúa su teoría en el ámbito de la interpretación como intermedia entre las teorías realistas (que denomina *Pesadilla*) y las teorías que propugnan la plenitud del Derecho, como la dworkiana (que las engloba bajo la denominación *Noble Sueño*)¹²⁷.

Respecto de la *textura abierta del lenguaje*, Hart hace referencia a la indeterminación que puede presentarse a la hora de subsumir casos particulares en conceptos generales: es una indeterminación que no es debida a una falta de información sobre las circunstancias de los casos particulares dudosos, sino a la falta de precisión que presentan los propios conceptos. Hay un límite, por tanto, inherente a la naturaleza del lenguaje.

Otra indeterminación que Hart reconoce que se puede producir en la actividad de interpretación sería la que denomina *indeterminación más radical*, que existe cuando el

¹²⁷ HART, H.L.A. "American jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream". *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford University Press. USA. Págs. 123-144.

propio legislador quiere dejar un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque considera que es imposible prever las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión. Este modo de indeterminación operaría como una delegación de poder a las autoridades inferiores para que especifiquen las pautas señaladas por las autoridades superiores¹²⁸. Hart ha llegado a considerar que, en ocasiones, es preferible que en algunos casos sea el propio legislador el que, delegando potestades legislativas, coloque intencionadamente en algunas normas jurídicas estándares muy abiertos o vagos y que sean los jueces quienes los determinen con base a sus juicios discrecionales. Así, entiende que cuando el legislador utiliza reglas valorativas, simples o variables han de ser desarrolladas por los jueces mediante el ejercicio de estas potestades¹²⁹.

Además de las anteriores indeterminaciones del sistema jurídico, Hart admitiría, siguiendo a Bayón¹³⁰, otra causa de indeterminación de aquél, que denominaremos “indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia”¹³¹, entendiendo dicha coherencia como la compatibilidad entre los diferentes fines que el Derecho incorpora. Esta indeterminación, por tanto, se podría generar aunque los términos contenidos en las normas no adolecieran de ningún tipo de vaguedad conceptual y podría permitir la no aplicación del tenor literal de una norma cuando la generalización contenida en la formulación normativa de una norma comprendiera estados de cosas que no produjeran la consecuencia pretendida en la justificación de la regla.

Según el análisis de Hart, no es el modo en que la regla está verbalmente formulada lo único que nos indica si las características presentes en el caso obvio son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido por la regla, cualesquiera que sean las restantes características que pueda tener o que puedan

¹²⁸ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 192-250.

¹²⁹ ETCHEBERRY, J. B. *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*. Editorial Comares. Granada. 2009. Pág. 160.

¹³⁰ BAYÓN, J. C. “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 13. Octubre. 2000. Págs. 87-117.

¹³¹ Denominación adoptada por RÓDENAS, A. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas.” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 24. 2001. Págs. 63-84.

faltarle, sino la adopción de cierta clase de actitud o práctica interpretativa en relación con las formulaciones normativas; y que esa actitud o práctica se adopte o no constituye una cuestión contingente.

En base a esta argumentación, Hart, en definitiva, señalaría la posibilidad de que en el sistema jurídico pudieran coexistir *normas derrotables*, si bien concretando que dicha situación es contingente (depende de cierta actitud o práctica), provocando con ello la posibilidad de que el Derecho quede indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en un supuesto de hecho. Ésta es la conclusión a la que parece llegar Hart, al referirse a esta clase de situación como “un ejercicio adicional de elección”¹³².

Ante todas estas eventualidades que Hart señala que pueden generarse en la interpretación jurídica, este autor distingue, en el ámbito de la interpretación, entre *casos fáciles y difíciles*, en función de cómo se delimite en las normas jurídicas las formas de conducta descritas por ellas.

Casos fáciles serían aquellos que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales utilizadas por la ley son claramente aplicables. Son supuestos en los que tenemos claro lo que se encuentra dentro de la regla general de conducta. Estos son los casos paradigmáticos o claros, en los que el significado de las reglas permite establecer con claridad cómo ha de decidirse conforme a Derecho un determinado caso, de forma que con la utilización de elementos semánticos, lógicos y fácticos se puede concretar el ámbito de aplicación de la norma, sin incurrir en cuestiones valorativas.

Pero admite que también hay casos en los que no resulta nítido si una determinada norma del sistema puede ser aplicable. Los cánones de la interpretación no pueden eliminar aquí, aunque sí disminuir, esta incertidumbre. Y ello porque estos cánones son, a su vez, reglas generales para el uso del lenguaje que emplean, a su vez, términos generales que también requieren interpretación. Son *casos difíciles*, para los cuales el sistema no prevé, mediante una norma específica, la solución que se ha de otorgar al supuesto concreto.

¹³² HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág.161.
232

En suma, la distinción entre *casos fáciles* y *difíciles* se centraría aquí en sí, de acuerdo con las convenciones lingüísticas, el caso cae dentro del núcleo de significados establecido de los términos empleados en la regla general (*caso fácil*) o si, en cambio, resulta dudoso que esté comprendido por dichos términos (*caso difícil*).

Para Hart, en la operación de subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce, inevitablemente, un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma está indeterminada¹³³. Se produciría, así, una indeterminación relativa de la norma, pues aquella no se produce en todos los casos en los que se aplica, sino únicamente en aquellos que caen en la zona de penumbra. Por otra parte, la consideración de que un caso es fácil o difícil es una tarea que sólo puede realizarse a la luz de las circunstancias del propio caso, por lo que la indeterminación que trata Hart en este ámbito es siempre relativa a un caso concreto¹³⁴.

En base a esta distinción, Hart concluye que la labor de los jueces no puede reducirse a una mera operación de deducción a partir de unas premisas preestablecidas formuladas de forma precisa. Hart afirma que los sistemas jurídicos han de reconocer la necesidad de un ejercicio tradicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste, así, en una actitud hacia las reglas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección¹³⁵. De esta forma, Hart admite que existe, en todo caso, cierta dificultad

¹³³ Para Hart la regla de reconocimiento, incluso, no puede sustraerse completamente a los problemas de penumbra que afectan también a otras normas del sistema. Hart señala, por ello, que es imprescindible tolerar un cierto margen de incertidumbre. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. "Estado constitucional y producción normativa.". *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Nº 25. 2011. Págs. 17-36. Ello permite incidir en la relación existente entre el Derecho y la moral: "We may call the problems which arise outside the hard core of standard instances or settled meaning "problems of the penumbra"... If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction and so deductive reasoning... in this area men cannot live by deduction alone. And it follows that if legal arguments and legal decisions of penumbral questions are to be rational, their rationality must lie in something other than a logical relation to premises... Again, it seems true to say that the criterion which makes a decision sound in such cases is some concept of what the law ought to be; it is easy to slide from that into saying that it must be a moral judgement about what law ought to be. So here we touch upon a point or necessary intersection between law and morals...". HART, H.L.A. "Positivism and the separation of law and morals". *Hard Law Review*. Vol. 71. 1958. Págs. 593-529.

¹³⁴ LIFANTE VIDAL, I. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 25. 2002. Págs. 413-439.

¹³⁵ Una forma de incurrir en este formalismo sería, para Hart, congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio. HART, H.L.A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 161.

tad para subsumir el supuesto práctico al supuesto de hecho concreto que regula una determinada norma, dado que siempre existe una cierta vaguedad o abstracción en la formulación de la misma, que exige una actividad intelectual compleja. Las leyes y los precedentes no son siempre suficientemente precisos ni pueden contemplar en todas sus dimensiones la complejidad de la vida social.

5.6. Discrecionalidad.

Lo expuesto supone la admisión por la teoría hartiana de la discrecionalidad judicial. En virtud de las causas de indeterminación que identifica Hart, anteriormente señaladas, el origen de la discrecionalidad, para él, por tanto, sería diversa:

En primer lugar, se produciría por la inevitable indeterminación semántica del Derecho, tal y como con anterioridad se ha referido. La textura abierta del Derecho concede a los Tribunales, en consecuencia, una potestad de creación jurídica, es decir, un ámbito de discrecionalidad.

En segundo lugar, porque el propio legislador permite un margen decisorio a los tribunales para que ponderen todas las circunstancias que afectan a los casos concretos que han de resolver, que no puede prever el legislador.

Estos dos orígenes de la discrecionalidad se corresponderían con las dos modalidades de indeterminación analizadas con anterioridad: la inevitable indeterminación semántica (la *textura abierta* del lenguaje) y la *indeterminación más radical*, en la que se deja un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores porque se considera imposible prever, siquiera aproximadamente, las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión¹³⁶.

La *textura abierta del derecho* (y la *indeterminación más radical* aludida) significan, por tanto, que hay áreas de conducta que deben ser desarrolladas por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias concurrentes y valorando entre los intereses en conflicto. En la zona marginal, donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, la función de los tribunales se asemeja al ejerci-

¹³⁶ LIFANTE VIDAL, I. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 25. 2002. Págs. 413-439.

cio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas¹³⁷. En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto a la discreción de los tribunales y de otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad.

En tercer lugar, la discrecionalidad sería consecuencia de alguna ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos, entre los que podemos incluir las lagunas, las antinomias o contradicciones entre distintas normas del sistema, y la indeterminación que hemos denominado incoherencia o incongruencia, que se generaría ante contradicciones apreciadas en el proceso interpretativo entre los distintos fines que el Derecho incorpora. Hart parte de la consideración de que en estos supuestos siempre hay una elección entre varias soluciones posibles. El juez goza de discrecionalidad para adoptar la decisión procedente. Y en esta elección los jueces crean Derecho, no se encargan meramente de hallar las soluciones que prevé el sistema jurídico.

No obstante, ante la cuestión de sobre qué criterios concretos se ha de delimitar este ejercicio de discrecionalidad por los jueces, Hart mantiene una postura intermedia entre el formalismo y el escepticismo: el juez tiene que desarrollar una tarea no mecánica, pero tampoco carente de regulación. Los jueces, según Hart, deciden de acuerdo con principios que pueden ser reconocidos como asentados ya en el Derecho existente, lo que no supone negar que los jueces creen Derecho, dado que, aun partiendo de tales principios, han de elegir, a la hora de emitir su fallo, entre opciones diferentes que están enfrentadas¹³⁸.

Indica, asimismo, que la facultad creadora de los jueces se ha de ceñir a unos criterios determinados, pues el juez debe ofrecer razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como lo haría un legislador concienzudo, decidiendo de acuerdo a sus

¹³⁷ HART, H.L.A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 168.

¹³⁸ HART, H.L.A. "El nuevo desafío al positivismo jurídico". *Sistema*. Nº 36. Págs. 3-18.

propias creencias y valores¹³⁹. Existen, por tanto, unas previas reglas que han de ser respetadas por los tribunales, que circunscriben, aunque no anulan, la actividad creadora de los jueces. Además, afirma que la discrecionalidad nunca debe ser ilimitada, dado que siempre hay estándares que circunscriben las decisiones, tales como la analogía, la equidad, la buena fe, la razonabilidad, la eficacia, la desviación de poder,... Puede, asimismo, acudir a principios u objetivos sociales o metas de la comunidad o criterios de la conveniencia e, incluso, a principios morales¹⁴⁰. También menciona, como elemento ponderable, la consecución de propósitos sociales razonables en la aplicación de las normas.

Pero ello, a juicio de Hart, no elimina, sino que únicamente retrasa el irreductible momento creativo, pues los principios no responden a una formulación canónica, aparecen con frecuencia en términos imprecisos o ambiguos, pueden confluir con otros principios contradictorios, etc..., de modo que el juez, con frecuencia, habrá de escoger según sus propios criterios¹⁴¹:

"... en cualquier *caso difícil* pueden presentarse diferentes principios que apoyen analogías enfrentadas, y el juez tendrá a menudo que escoger entre ellas, confiando, como un legislador consciente, en su sentido de lo que sea mejor y no en cualquier orden ya establecido de prioridades prescrito para él por el derecho".

En esta línea, Hart no desarrolla en su teoría los mecanismos o pautas que pudieran concretar o delimitar la decisión judicial, dejando abierta la posibilidad de investigar en este campo. Sólo indica que la decisión no tiene por qué ser arbitraria. Es por dicho motivo por el que se afirma que la teoría de Hart se centra más en la problemática que se suscita en el Derecho desde la perspectiva de las reglas generales que desde la perspectiva del juez o del aplicador del Derecho. Y ello porque Hart no incluye un elenco determinado de pautas orientativas para la adopción de una decisión, sino que estudia los distintos problemas que los órganos aplicadores pueden encontrarse en el ejercicio de su función,

¹³⁹ HART H.L.A. *Post scriptum al concepto del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000.

¹⁴⁰ LÓPEZ RUF, P. P. "Dos modelos de adjudicación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 229-236.

¹⁴¹ HART H.L.A. "El nuevo desafío al positivismo jurídico". *Sistema*. núm. 36, pág. 3-18.

así como algunas de las consecuencias que pueden extraerse de la presencia de estos problemas, pero no tanto la resolución de los mismos¹⁴².

Los criterios formulados por Hart, en todo caso, guardan íntima relación con su consideración de no admitir, al igual que Kelsen, que pueda existir una única solución para un caso dado, pues siempre existirá una libertad del juzgador para elegir entre varias posibilidades, aun utilizando los elementos que conforman el Derecho preexistente. No obstante, indica a este respecto, que la búsqueda de la única respuesta correcta opera, y es bueno que opere, como una idea regulativa en el razonamiento judicial desarrollado en el marco de sistemas jurídicos como el británico o el norteamericano, actuando como un potente límite a la opción judicial, aunque ello no elimine del todo la necesidad de tal opción¹⁴³.

Argumenta Hart, además, que la discrecionalidad no produce, por otro lado, una frustración de las expectativas o de daño para la seguridad jurídica, dado que en los casos difíciles el Derecho no puede ofrecer una respuesta clara y precisa. Es decir, en los casos en los que los jueces gozan de discrecionalidad no hay un Derecho claramente establecido que justifique la creación de expectativas que se puedan frustrar. Por otra parte, esta situación no elimina las expectativas justificadas de aquellos que, al actuar, han confiado en la presunción de que las consecuencias jurídicas de sus actos serían determinadas por el estado conocido del Derecho establecido en el tiempo de sus actos¹⁴⁴.

En esta línea, Hart admite, en el ámbito de la interpretación jurídica, ciertos criterios que permitirían una cierta evolución del precedente judicial¹⁴⁵. Así, los Tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringiendo la regla extraída en éste, acogiendo alguna excepción antes no considerada o que, si lo fue, quedó abierta. Ello implica hallar alguna diferencia jurídicamente

¹⁴² LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 192-250.

¹⁴³ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 192-250.

¹⁴⁴ DEL REAL ALCALÁ, A. “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del derecho”. *Jueces para la democracia, Información y debate*. Nº 56. 2006. Pág. 55.

¹⁴⁵ HART, H.L.A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 168.

relevante entre el caso anterior y el presente. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la formulación del precedente anterior, en base a que esta restricción no es exigida por ninguna regla establecida por ley o por un precedente previo, lo que implica la ampliación de la regla¹⁴⁶.

5.7. Argumentación.

Hart introdujo en su obra aspectos que pueden ser considerados como una contribución a la teoría de la argumentación jurídica. Consideró que hay, esencialmente, tres clases de problemas de los que se ocupa la Filosofía del Derecho: problemas de carácter conceptual, problemas de razonamiento jurídico y problemas de crítica del Derecho. Respecto de los concernientes al razonamiento jurídico, y atinentes al razonamiento judicial, Hart se ocupó de mostrar el alcance limitado de la lógica deductiva, debido al carácter indeterminado de las normas. Así lo enfatizó respecto el razonamiento deductivo:

"There are undoubtedly crucially important phases in the use of legal rules and precedents to decide cases which do not consist merely of logical operations and which have long been obscured by the traditional terminology adopted both by the courts themselves in deciding cases and by jurists in describing the activities of courts. Unfortunately, the general claim that logic has, little or no, part to play in the judicial process is, in spite of its simple and monolithic appearance, both obscure and ambiguous... the application of legal rules to particular cases cannot be regarded as a syllogism or any other kind of deductive inference ... hence, they (general legal rules) cannot figure as premises or conclusions of a deductive argument."¹⁴⁷

Y también en relación con el razonamiento inductivo, en virtud del cual se reconoce o se infiere una regla o principio de un precedente jurisprudencial:

"It is of course true that courts constantly refer to past cases both to discover rules to justify their acceptance of them as valid... The reasoning ... is concerned is in fact an inverse application of deductive reasoning. But this condition is, of course, only one necessary condition and not a sufficient condition of the court's acceptance of a rule on the basis of past cases... The selection, therefore, of one rule from among these alternatives as the rule for which the precedent is taken to by authority must depend on the use of other criteria limiting the choice and these other criteria are not matters of

¹⁴⁶ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 168.

¹⁴⁷ HART, H.L.A. "Problems of the philosophy of law". *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford University Press. USA. Pág. 100.

logic but substantive matters which may vary from system to system or from time to time in the same system."¹⁴⁸

Asimismo, y debido a la concepción hartiana de la discrecionalidad y al reconocimiento que introduce sobre los principios, consideramos que este autor permitiría incluir un esquema argumentativo no valorado por los exégetas: el finalista. Por otra parte, Hart admite la utilización de razones extrajurídicas en el razonamiento jurídico dentro de los criterios que Hart señala como relevantes en el ejercicio de la discrecionalidad judicial.

No obstante estas consideraciones, el propio Hart admitió que en su obra no estudió de forma amplia la teoría de la adjudicación y la argumentación jurídica, en particular sobre los principios jurídicos¹⁴⁹. Atienza¹⁵⁰ considera, en esta línea, que la teoría de Hart no es suficiente para dar cuenta del elemento argumentativo de la práctica del Derecho, por diversas razones:

- a. Su tesis de la discrecionalidad, que presupone la separación entre el Derecho y la Moral, y, con ella, la negación de la unidad de la razón práctica: la argumentación jurídica no puede, por ello, formar una unidad con la argumentación moral y la política.
- b. El enfoque descriptivista lleva a ver el Derecho, esencialmente, como un objeto de conocimiento, de forma que Hart no está interesado en el carácter específicamente práctico del Derecho, que es sustancial a la idea del Derecho como argumentación: su teoría se centra en el Derecho considerado como sistema, más que como práctica social¹⁵¹. Hart analiza el Derecho, en este sentido al igual que Kelsen, como una realidad ya dada y en términos de normas y tipos de normas, en lugar

¹⁴⁸ HART, H.L.A. "Problems of the philosophy of law". *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford University Press. USA. Pág. 101.

¹⁴⁹ HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto del derecho*. Estudio preliminar. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000. Págs. 38 y 42.

¹⁵⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. Págs. 30-33.

¹⁵¹ No obstante, Hart reconoce que "An empirical science of the judicial process is of course possible: it would consist of factual generalization about the decisions of courts and might be an important predictive tool." HART, H.L.A. "Problems of the philosophy of law". *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford University Press. USA. Pág. 103.

de estudiarlo como una actividad compleja o como un proceso integrado por distintas fases.

5.8. Implicaciones del *soft positivism* en el ejercicio de la función jurisdiccional.

5.8.1. Fuentes del Derecho.

Hart reconoce como fuentes del Derecho a las normas del Derecho positivo, así como a la jurisprudencia, es decir, el precedente judicial. La Constitución, desde esta posición, asumiría una eficacia directa en el ámbito de los derechos fundamentales, si bien la aplicación de esta norma estaría sustancialmente condicionada por la interpretación que de la misma desarrolla previamente la jurisprudencia constitucional (o el órgano que asumiera tales funciones). Desde esta teoría, por tanto, se considera que existen dos mecanismos principales para la comunicación de las pautas de conducta: la legislación y el precedente.

Hart también se refirió a los principios, limitando la función de los mismos a ser una referencia en el ejercicio de la discrecionalidad judicial, a constituir uno de los instrumentos a los que puede recurrir el juez en los procesos de interpretación como una buena razón de una determinada decisión.

Aparte de estas consideraciones, Hart reconoce en el sistema jurídico mayores deficiencias de las que contempla Kelsen, pues no sólo describe en él una cierta abstracción en las normas que lo conforman o en una parte de las mismas o ámbitos de discrecionalidad otorgados por el propio legislador, sino que también admite zonas de penumbra o casos difíciles que requieren ser integrados por el juez. Estos casos, los difíciles, se sitúan en contraposición a los fáciles (que mantienen una fácil identificación con las normas del sistema jurídico).

5.8.2. Relación entre Derecho y Moral.

Hart mantiene, al igual que Kelsen, que el Derecho y la Moral conforman ámbitos y sistemas totalmente diferenciados, definiendo unos criterios para deslindar ambos órdenes.

No obstante, reconoce que en la resolución de un caso concreto el juez puede ofrecer una solución influenciado por los valores morales. Es decir, que la Moral es considerada por Hart como un elemento que puede influir en el proceso de aplicación del Derecho. Admite, así, que en la creación de la jurisprudencia tiene un valor relevante la moral crítica, pues el juez, en virtud de una serie de valores morales extrajurídicos determinados, puede definir una concreta solución a un caso concreto en los supuestos en los que desarrolle la discrecionalidad judicial, completando, integrando, matizando o modificando en algún sentido o para determinados supuestos el contenido de una norma del sistema jurídico. No obstante, no la hace objeto de su estudio ni examen, pues su teoría del Derecho es descriptiva, no se centra en la fase de la argumentación jurídica o en aspectos prescriptivos.

Hart valora positivamente esta realidad, considerando que en la ponderación que el juez efectúa de las circunstancias del caso pueden estar presentes los principios morales, constituyendo los mismos uno de los elementos a utilizar en el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Incluso, Hart llega a admitir la posibilidad de que los criterios morales sean utilizados para delimitar lo que es, propiamente, Derecho (su regla de reconocimiento puede contener elementos morales).

5.8.3. Interpretación jurídica.

Hart plantea como principales problemas interpretativos: la *textura abierta* del lenguaje (indeterminación del lenguaje jurídico), la indeterminación “más radical”, así como la ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos, en los denominados casos difíciles.

En relación con el lenguaje jurídico, Hart advierte de la indeterminación que lo caracteriza, que, a su juicio, es debida a la falta de precisión que presentan los propios conceptos empleados por el legislador, de forma que la descripción que los mismos pretenden establecer de las pautas de conducta siempre resultará indeterminada en algún punto. Tendrán lo que ha denominado una *textura abierta*. La concreción de los mismos ha de ser, por tanto, labor del juzgador.

Esta misma función ha de desarrollar el juez cuando se enfrente ante indeterminaciones que han sido establecidas por el propio legislador para permitir un cierto ámbito de elección o discreción al juez, como una delegación de poder al mismo (ante la *indeterminación más radical*).

Otra causa de indeterminación del Derecho que consideraría Hart vendría constituida por la “indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia”, entendiendo dicha coherencia como la compatibilidad entre los diferentes fines que el Derecho incorpora. Esta indeterminación se podría generar aunque los términos contenidos en las normas no adolezcan de ningún tipo de vaguedad conceptual. Ello implicaría reconocer la posible *derrotabilidad* de determinadas normas, aun a pesar de que concurrieran los requisitos contemplados en su supuesto de hecho, entrañando, como refería Hart, una evaluación en el caso concreto que debe ser considerada como una genuina elección o decisión discrecional, consistente en hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto.

En última instancia, la indeterminación también podría estar ocasionada por la ausencia o irregularidades existentes de los sistemas jurídicos (lagunas, antinomias).

Ante todas estas situaciones, Hart se refiere a la problemática en el ámbito interpretativo aludiendo a los denominados “casos difíciles”. Hart distingue, en el ámbito de la interpretación, los casos fáciles de los difíciles. Como casos fáciles considera aquellos respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre su inclusión en el campo de aplicabilidad de una regla, admitiendo que los criterios semánticos, lógicos y fácticos podrán ser suficientes para concretar la solución a adoptar en un supuesto concreto, sin necesidad de acudir a cuestiones valorativas y en base a un razonamiento que podría ajustarse al deductivo. Los casos difíciles son aquellos en los que puede existir desacuerdo sobre lo que es el Derecho en algún punto, es decir, sobre el ámbito de aplicación que han de ostentar las reglas del sistema. En los mismos, los criterios de interpretación no permitirían hallar la solución final.

En este sentido, para completar o integrar los supuestos en los que la ley (en sentido amplio) permite o atribuye un margen de decisión a los tribunales o para superar la ausencia de material jurídico ante un caso concreto, se deberá recurrir, según Hart, a la

discrecionalidad judicial, en la que no sólo se limitará el juez a desarrollar una actividad interpretativa, sino al empleo de una actividad de argumentación creativa que comprenda razones de diversa índole, justificativas de su decisión.

5.8.4. Discrecionalidad judicial.

Según Hart, existen distintas fuentes de discrecionalidad judicial. La primera de ellas sería la *textura abierta* del lenguaje jurídico. La ausencia de una total precisión de los conceptos incardinados en las normas jurídicas obliga al juez a detallar los términos de las mismas en los litigios que se les someten.

Otra, también admitida por Kelsen, vendría constituida por la libertad que otorga el legislador al operador jurídico o al intérprete para que concrete los términos de la norma al caso concreto (la indeterminación “más radical”). Asume, así, la necesidad de que el propio sistema jurídico prevea ámbitos regulados de una forma abierta o vaga, para que el juzgador pueda adaptar el Derecho al caso concreto, pues permite que los jueces adecúen el contenido de las normas a las situaciones reales, individualizando el precepto de la norma al supuesto real, evitando que la aplicación del mismo pueda producir un resultado contrario a la propia finalidad de aquélla y permitiendo, de esta manera, lo que Hart denomina “propósitos sociales razonables”.

En tercer lugar, la discrecionalidad sería consecuencia de alguna ausencia o indeterminación de los sistemas jurídicos, entre los que podemos incluir las lagunas (no admitidas por Kelsen), las antinomias o contradicciones entre distintas normas del sistema, y, principalmente, la indeterminación que hemos denominado incoherencia o incongruencia, que se generaría ante contradicciones apreciadas en el proceso interpretativo entre los distintos fines o valores que el Derecho incorpora.

La discrecionalidad vendría dada, en general, ante una insuficiencia del sistema jurídico. La facultad de creación del Derecho por parte de los Tribunales se fundamenta en el reconocimiento de que los sistemas jurídicos no gozan de plenitud, otorgando, por tanto, a los jueces un papel protagonista para la resolución de las lagunas normativas y de las incidencias anteriormente expuestas mediante la discrecionalidad judicial. Hart supera, así, la cláusula de cierre que propuso Kelsen. Todo ello implica que el proceso de in-

interpretación jurídica desde Hart revista aún, más complejidad que en la teoría de Kelsen, pues implica que los jueces han de integrar las dificultades apreciadas en el sistema, y, entre ellas, las lagunas del mismo, para superar los denominados casos difíciles.

Desde esta teoría, por tanto, los jueces crean nuevo Derecho, constituyendo nuevas normas en supuestos no cubiertos por el sistema jurídico. Esta facultad de los tribunales, según Hart, es incluso positiva, pues considera como necesario o imprescindible que el propio sistema prevea que el juez pueda actuar discrecionalmente, porque así se podrán obtener respuestas jurídicas socialmente más aceptables¹⁵².

Hart intenta aportar soluciones o parámetros para guiar la solución que han de adoptar los jueces en aquellos supuestos que pudieran no estar regulados expresamente en una norma del sistema, al considerar que el desarrollo de la discrecionalidad judicial no puede ejercerse de forma arbitraria, pues los jueces han ofrecer razones generales que justifiquen su decisión. En este sentido, como criterios que deben ser ponderados por estos en el ejercicio de la discrecionalidad, Hart refiere: los principios que están asentados en un sector del Derecho existente (si bien los considera ambiguos); determinados estándares (la equidad, la analogía, la buena fe, la desviación de poder,...); los principios morales (influencia de la moral crítica); los objetivos sociales; e, incluso, a las propias creencias o valores del juez. Los jueces han de aplicar criterios de relevancia y de similitud que dependen de muchos factores complejos presentes en el sistema jurídico. No obstante, Hart reconoce que, pese a estos elementos, siempre existirán diferentes soluciones posibles y admisibles para el juzgador, de forma que aquellos instrumentos no eliminarán la capacidad de elección y creación del juez.

Por otra parte, estas referencias de la teoría de Hart imponen al juez un conocimiento más amplio y más integral del sistema jurídico en su conjunto que el que se deriva de las teorías sostenidas por la Escuela de la Exégesis o la teoría pura del Derecho, pues la identificación de las indeterminaciones que señala, entre las que se encuentran las lagunas, y su posterior integración con otros elementos, algunos de los cuales pudieran es-

¹⁵² El modelo positivista de Hart pondría su punto de mira en la adjudicación (entendida como función judicial) para elaborar el concepto del Derecho, mientras que el modelo kelseniano (o continental) este momento queda oscurecido en beneficio del papel de la creación-aplicación a la hora de construir un concepto de validez y, en consecuencia, de Derecho. BARRANCO AVILÉS, M. del C. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid. 2000. Pág. 193.

tar insertos en el propio sistema, exigen un razonamiento que valore y analice muchos más factores que los criterios generales contemplados en una norma jurídica concreta.

No obstante, si bien Hart admite que el Derecho puede proporcionar algún tipo de pautas que guíen la solución en los casos difíciles, reconoce que las mismas no en todos los casos conducen a una solución determinada, pues los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque sí disminuir, las incertidumbres, porque estos cánones son, a su vez, reglas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que también requieren interpretación.

Por ello, Hart no ofrece soluciones nítidas a este tipo de incidencias o indeterminaciones que identifica en el ámbito de la interpretación. En esta línea, no admite que pueda existir en cada caso concreto una única solución correcta desde el Derecho, sino que acepta que siempre, cuando opera la discrecionalidad, el juez puede optar entre diversas soluciones igualmente válidas, si bien considerando como un valor positivo que el juez pretenda la obtención de una única solución o de la mejor solución al supuesto dado, aunque concibiendo este objetivo más como un ideal que como una meta realizable.

5.8.5. Argumentación.

Desde la perspectiva de la argumentación material, Hart intenta introducir elementos y parámetros para motivar las decisiones judiciales, aunque no se entienden suficientes para lograr plena justificación de las mismas, es decir, para mostrarlas como soluciones aceptables y coherentes desde el Derecho. En este sentido, se refiere a instrumentos que pueden orientar la labor interpretativa del juez cuando desarrolla su discrecionalidad, ya aludidos, tanto jurídicos como extrajurídicos, destacando de entre los primeros los principios, respecto de los cuales Hart llega a afirmar que también pueden ser identificados a través de su regla de reconocimiento.

Los elementos jurídicos van más allá de la mera literalidad del precepto legal concreto (la finalidad de la norma, los principios ínsitos en la misma,...). Asimismo, Hart se refiere a la posibilidad de que en la aplicación de las normas se garanticen unas determinadas finalidades sociales, aceptando que, necesariamente, el juez ha de ponderar en su labor de interpretación, sobre todo en los casos difíciles, elementos extrajurídicos, valo-

rando las consecuencias concretas que la aplicación de la norma en un determinado caso produce en las personas afectadas o implicadas en él, o los efectos que dicha decisión puede conllevar.

Estos elementos, fundamentalmente los jurídicos, implican que la solución que adopte el juez en un caso planteado no sea totalmente creada *ex novo*, pues al resolverla ha de utilizar elementos o principios del Derecho preexistente en la materia en cuestión.

No obstante, y en la línea sostenida por Kelsen, Hart considera que, en cierta medida, la decisión última del juez será fruto de un acto de voluntad, y no totalmente fruto de razones justificativas que puedan deducirse desde el Derecho. La decisión no es, por tanto, totalmente racional. Por ello, no admite la existencia de una solución única o más correcta en los denominados casos difíciles. No obstante, introduce el recurso a los principios como elemento utilizable en estos supuestos, aunque no sistematiza ni racionaliza el empleo de los mismos.

Desde la perspectiva formal, Hart cuestiona los procedimientos formales defendidos desde las posiciones de la Escuela de la Exégesis, como la mera subsunción de una norma jurídica en un hecho, dado que no permiten analizar, desde una perspectiva real, la problemática que se suscita en la aplicación de todas las normas al caso concreto. Este procedimiento deductivo sólo sería válido para los casos fáciles que no incluyeran una especial complejidad.

Los procedimientos lógico-formales en virtud de los cuales construir el razonamiento jurídico serían, así, más amplios que los reconocidos por las anteriores teorías, dado que se valoran instrumentos, como los principios, para hallar la solución al caso planteado. Se reconoce a la actividad interpretativa como una actividad intelectual compleja, que exige el análisis comparado y reflexivo del Derecho positivo. En este sentido, Hart permitiría la introducción de un nuevo esquema argumentativo, el esquema finalista, que principalmente sería aplicable en los supuestos en los que el legislador reconoce la discrecionalidad para que el juez tenga un cierto ámbito de decisión para la consecución de determinados objetivos o finalidades.

No obstante lo suscrito, es preciso reconocer, en última instancia, que Hart no ofrece pautas detalladas para la construcción de un razonamiento justificativo.

6. LAS TEORÍAS PRINCIPIALISTAS. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD: DWORKIN

6.1. Antecedentes y contexto.

Dworkin ofrece un nuevo paradigma desde el que estudiar el Derecho. Tiende a situar el análisis del mismo desde la problemática que se suscita en los supuestos de fondo, en el modo en el que se han de resolver en el ámbito jurídico los problemas particulares, donde convergen cuestiones fundamentales de teoría del Derecho, filosofía política y filosofía moral, disolviendo las barreras disciplinares convencionales mantenidas tradicionalmente. Su obra incluye tesis en el ámbito de la teoría del Derecho, pero también en la teoría de la justicia y en la teoría ética. Es por ello que Lifante¹⁵³ considera que su obra no constituye una teoría del Derecho de alcance general. En primer lugar, porque no pretende ser aplicable a cualquier Derecho, sino a aquellos que pretenden considerarse justificados moralmente. En segundo lugar, porque no pretende ser una teoría de todo el fenómeno jurídico, sino casi exclusivamente de la aplicación del Derecho.

El enfoque de la teoría dworkiana contrasta con el objeto y las referencias desde las que parte la hartiana. De hecho, fue relevante la controversia doctrinal que se generó entre estos dos autores por las distintas perspectivas y fundamentos que justifican su diferente concepción del Derecho. Dworkin centra su estudio en la teoría de la adjudicación, mientras que Hart parte de un estudio descriptivo del Derecho, no admitiendo la perspectiva de Dworkin.

Dworkin pretende restaurar las relaciones entre la Ciencia de la Legislación y la Jurisprudencia poniendo de manifiesto que la tarea de la ciencia jurídica no es describir el Derecho desde fuera sino ofrecer solución a los problemas que se plantean en la práctica

¹⁵³ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 251-332.

de las instancias jurídicas¹⁵⁴. Por ello se ocupa en sus obras, principalmente, de la aplicación del Derecho que llevan a cabo los jueces, aportando, como una de sus principales novedades, el incluir en su teoría el razonamiento moral y filosófico, de forma que no diferencia en la misma la ciencia descriptiva del Derecho de la política jurídica, obteniendo como resultado una teoría basada en derechos individuales, pues, para Dworkin, sin derechos individuales, no existe Derecho.

Dworkin propone la teoría del *Derecho como integridad* como alternativa tanto frente a la concepción convencionalista, que respondería a los esquemas de las teorías positivistas, como frente a la teoría pragmatista del Derecho, que se adecuaría a las teorías realistas, pues ambas –según él– atribuyen un poder creador del Derecho al juez sin justificación suficiente. Cuestiona, desde sus postulados, la teoría meramente descriptiva del Derecho que Hart desarrolla: no es posible, a juicio de Dworkin, la ambición de Hart de hallar una solución puramente descriptiva a los problemas centrales de la Filosofía del Derecho¹⁵⁵.

6.2. Concepción del Derecho.

Dworkin sostiene que el Derecho no sólo está compuesto por normas, sino también por directrices, que tienen como objetivo perseguir un bien colectivo, y por los principios, que son razones para decidir en un sentido determinado.

Identifica como Derecho no sólo al Derecho explícito, que emana de los conductos e instituciones legitimadas en el sistema para crear Derecho, sino también al Derecho implícito. Como fuentes implícitas del Derecho, Dworkin entendió las que provienen de los usos, prácticas, actitudes de la comunidad, así como de cierto consenso sobre las mismas¹⁵⁶. De esta forma, entiende que el Derecho no ha de ser analizado solamente como un conjunto de reglas, sino como un sistema mucho más amplio que afectaría a las

¹⁵⁴ CALSAMIGLIA, A. “El Derecho como integridad. Dworkin”. Working paper. Nº 25. Barcelona. 1990. Localizable en: <http://www.recercat.net/bitstream/2072/1458/1/ICPS25.pdf>, a fecha de diciembre de 2010.

¹⁵⁵ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 188.

¹⁵⁶ DEL REAL ALCALÁ, A. “La doctrina de la completitud del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”. *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. II. Teoría y Metodología del Derecho*. Editorial Dykinson. Madrid. 2008. Págs. 423-447.

creencias de la comunidad y las experiencias que la misma ha vivido. Por tanto, cuando Dworkin habla de Derecho hace referencia a todos aquellos estándares que resultan aplicables a un caso concreto y que los jueces han de aplicar.

Afirma Dworkin que si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores, sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, sin necesidad de una legislación detallada o de una adjudicación en cada punto de posible conflicto¹⁵⁷. Cuestiona Dworkin, desde esta perspectiva, la posición de Hart, dado que este último no valoró la importancia de los principios en el sistema jurídico.

La asociación de las prácticas jurídicas de una comunidad con la integridad supone admitir, de esta forma, una cierta personificación de la comunidad, que es tomada como un agente moral en el sentido de que se considera que es capaz de adoptar y expresar sus propios principios, que pueden ser distintos de los que defienden sus miembros individualmente. Estos principios permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos, permitiendo comprender todo el material jurídico como una unidad, conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. Se garantiza a través de esta concepción, en suma, la coherencia del sistema normativo. Coherencia que, según Dworkin, es una cuestión de principios. Formula este autor, en suma, una propuesta en el ámbito de la concepción del Derecho: el *Derecho como integridad*. El Derecho ha de ser visto como integridad, lo que implica que debe ser entendido como una reconstrucción coherente de los materiales jurídicos.

Estos postulados introducen modificaciones relevantes en cuanto a los criterios de validez del Derecho positivo, especialmente de las leyes, pues ya no se sustentarían solamente en su forma de producción sino también en la coherencia de sus contenidos con los

¹⁵⁷ DWORKIN, R. *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992. Pág. 140.

principios que fundamentan una determinada materia (también, de los principios constitucionales)¹⁵⁸.

El *Derecho como integridad* requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el Derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas¹⁵⁹. El sistema jurídico, y la más sólida teoría del Derecho en su tarea explicativa y justificadora, ha de penetrar, para Dworkin, resueltamente en este mundo suprapositivo.

6.3. Fuentes del Derecho.

6.3.1. La Constitución.

Dworkin enmarcó su teoría en el ámbito del constitucionalismo y de la defensa de los derechos fundamentales, otorgando una gran relevancia a la tutela por parte de los jueces del sistema constitucional y de los derechos reconocidos en el mismo. Según expuso en su obra *Los derechos en serio*, un juez que quiera asumir de verdad la defensa de la Constitución no debe perder de vista que ésta descansa en una concreta teoría moral, cuyo postulado básico es que los ciudadanos tienen derechos morales frente al Estado. Derechos que no pueden ser objeto de comercio político y cuya protección requiere profundizar en el significado de los textos normativos; requiere un Tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política¹⁶⁰.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, L. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pág. 18.

¹⁵⁹ DEL REAL ALCALÁ, A. "La doctrina de la completitud del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo". *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. II. Teoría y Metodología del Derecho*. Editorial Dykinson. Madrid. 2008. Págs. 423-447. También: LÓPEZ RUF, P. "Dos modelos de adjudicación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 229-236.

¹⁶⁰ "Cuando apelan a los derechos individuales, los políticos piensan en proposiciones grandilocuentes, referentes a intereses muy abstractos y fundamentales, como el derecho a la libertad, a la igualdad o al respeto. No parece que esos grandes derechos sirvan para decidir casos difíciles, a no ser, quizá, que sean casos de derecho constitucional; e, incluso, cuando sirven, parecen demasiado abstractos para tener mucho poder en la argumentación ... Los jueces han de formular juicios de moralidad política a fin de decidir cuáles son los derechos jurídicos de los litigantes." DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Págs. 156 y 157.

Para Dworkin, el juez debe descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos (*tesis de los derechos*¹⁶¹). Sitúa en el seno del proceso de interpretación judicial, por tanto, una reflexión sobre los derechos de los que son titulares los litigantes, al detallar que el juez debe aportar a su decisión una teoría general que explique por qué, en el caso de su institución, las reglas o normas crean o anulan de alguna manera derechos, y debe demostrar qué decisión exige esa teoría general en un caso difícil”¹⁶².

En este contexto, Dworkin defiende una lectura moral de la Constitución, así como una labor judicial que integre adecuadamente la norma aplicada en el contexto constitucional:

“(el juez) Hércules debe preguntarse cuál es, exactamente, el esquema de los principios fijados; esto es, debe construir una teoría constitucional que justifique la constitución en su totalidad. Debe ser un esquema que dé cabida a las normas particulares de esta constitución... Nuestro abogado (Hércules) podría preguntar qué interpretación vincula de manera más satisfactoria el lenguaje que usó el legislador con las responsabilidades constitucionales de éste. No requiere la construcción de una hipótesis sobre el estado mental de los legisladores en cuanto individuos, sino la de una teoría política especial que justifique esa ley, a la luz de las responsabilidades más generales de los legisladores, mejor que cualquier teoría alternativa..., pues ... los cálculos que hacen los jueces, referentes a las intenciones de la ley, son cálculos sobre derechos políticos...”¹⁶³

A la vista de ello la teoría dworkiana podría incluirse en el -denominado por Comanducci¹⁶⁴- "modelo axiológico de Constitución como norma", que concibe a la Constitución como un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que son fundamentales o fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas, debiendo poseer determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico. Presenta a la Constitución como un documento normativo que tiene características específicas:

¹⁶¹ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Pág. 146.

¹⁶² DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Pág. 177.

¹⁶³ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Págs. 178, 180, 181.

¹⁶⁴ COMANDUCCI, P. “Modelos e interpretación de la Constitución”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 60 y sigs.

- La Constitución se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y la modifica cualitativamente: del legicentrismo se evoluciona a la omnipresencia de la Constitución, que informa por sí misma todo el sistema.
- La Constitución no sólo es un conjunto de normas, sino también un conjunto de principios, que son los que la caracterizan. Dworkin, en este ámbito, delimita los términos incluidos en la Constitución mediante la distinción entre conceptos y concepciones, según el cual un concepto como el de justicia puede comprenderse como aquello que diversas concepciones de la justicia, diferentes conjuntos de principios, tienen en común¹⁶⁵.
- La aplicación de la Constitución no puede hacerse por el método de la subsunción, sino que debe realizarse, generalmente, por medio del método de la ponderación o del balance. Ello ha motivado que la teoría del Derecho tienda a convertirse en una parte especial de la teoría de la argumentación jurídica¹⁶⁶.
- Desde su concepción de la interpretación, Dworkin promueve que la interpretación constitucional tenga como objeto tanto el texto como la práctica anterior. Los abogados y los jueces deben intentar construir una interpretación coherente, ajustada a principio y persuasiva del texto de las concretas cláusulas, de la estructura global de la Constitución y de nuestra historia bajo esta Constitución: una interpretación que unifique tanto como sea posible estas distintas fuentes y que dirija la futura aplicación judicial del derecho. Postula una “lectura moral” de la Constitución, que se basa en dos instrumentos: una reconstrucción histórica del contexto; y, por otra, una reconstrucción sistemática de la Constitución como un todo (la llamada *constitutional integrity*), de forma que cada interpretación de las cláusulas debe ser congruente con la estructura del conjunto de la Constitución y con las interpretaciones anteriores dadas por la Corte Suprema. Se trata de desarrollar lo que denomina una “interpretación constructiva”.¹⁶⁷

¹⁶⁵ DWORKIN, R. *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992. Págs. 70-73.

¹⁶⁶ GARCÍA FIGUEROA, A. “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo.” *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pág. 166.

¹⁶⁷ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Págs. 136, 138.

- Todo el material jurídico debe interpretarse de manera acorde con la Constitución, como consecuencia obvia de la primacía de la Constitución, priorizándose las interpretaciones que conduzcan al máximo desarrollo posible de los valores y derechos fundamentales. Toda la legislación es entendida, así, como actuación de la Constitución¹⁶⁸.

Este modelo de Constitución se situaría próximo a las elaboraciones de Dworkin¹⁶⁹, Zagrebelsky¹⁷⁰, Nino¹⁷¹, Alexy¹⁷². Se encuadrarían todas ellas en el denominado neoconstitucionalismo¹⁷³.

6.3.2. Los principios.

Dworkin definió los principios como todo orden de normas extrajurídicas, que son un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral. Sostiene una concepción objetivista de principios: el juez no se acerca a los principios del sistema para ofrecer su versión de los mismos, sino que el juez debe descubrir la versión verdade-

¹⁶⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Argumentación y Constitución." Localizable en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf, a fecha de septiembre de 2012.

¹⁶⁹ Dworkin desarrolla los términos en los que concibe la interpretación de la Constitución en DWORKIN, R. *The Moral Reading of the Constitution*, que constituye la introducción de la obra de Dworkin: DWORKIN, R. *Freedom's law*. OUP. Oxford. 1996. Citado por COMANDUCCI, P. "Modelos e interpretación de la Constitución". *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 60 y sigs. También en DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Págs. 215 y sigs.

¹⁷⁰ Zagrebelsky alude, en una posición continuadora de la teoría de Dworkin, a la figura de la "Constitución viviente", con influencia de la *chain novel* dworkiana. La misma es concebida mediante una relación comparativa entre la generación constituyente y las sucesivas. A cada generación le corresponde mejorar y perpetuar el legado recibido. ZAGREBELSKY, G. "Jueces constitucionales." *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 98 y sigs. Véase también: ZAGREBELSKY, G. "El juez constitucional en el siglo XXI". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Nº 10. Julio-diciembre 2008. Págs. 249-267.

¹⁷¹ NINO, C.S. *Derecho, moral, política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona. Ariel. 1994.

¹⁷² ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho*. Gedisa. Barcelona. 1994. También ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

¹⁷³ Podríamos definir el neoconstitucionalismo como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y, asimismo, como una postura doctrinaria e institucional acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional. Al neoconstitucionalismo le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos.

ra o única verdadera de los principios: la dictada por la mejor teoría justificatoria de todo el material jurídico vigente. La distinción entre principios y reglas sería fuerte y, por tanto, cualitativa, dada la función fundamentadora que Dworkin atribuye a los principios, pues para Dworkin toda regla ha de fundamentarse en principios previos, que lo son de todo el orden jurídico. En suma, los principios no son un instrumento más al que acudir en la interpretación, pues los mismos fundamentan el Derecho y han de ser descubiertos por el juez en su proceso interpretativo.

No obstante, el proceso de concreción de los principios se configura de una forma ciertamente abierta por Dworkin, al indicar que para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan, referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes¹⁷⁴.

Señala una serie de diferencias entre las reglas y los principios: las primeras establecen ellas mismas sus condiciones de aplicación, mientras que los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero no establecen sus propias condiciones de aplicación. Es decir, las reglas parecen no ser derrotables, cerradas o absolutas, porque su aplicación es a todo o nada, mientras que los principios, en cambio, parecen ser derrotables, abiertos o no absolutos, porque su aplicación depende de una cuestión de peso, es decir, porque admiten excepciones. Ello permite que, en el supuesto de colisiones entre dos principios, se otorgue un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En cambio, en los conflictos entre reglas, una regla debe ser inválida¹⁷⁵.

¹⁷⁴ PÉREZ JARABA, M. D. "Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart." *Revista de Estudios Jurídicos*. Nº 10. 2010. Pág. 15.

¹⁷⁵ ALEXY, R. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988. Págs. 141 y sigs. También en LOPERA MESA, G.P. "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización". *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Nº 27. 2004. Págs. 215 y sigs. (cita a García Figueroa, A. *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Pág. 185).

Otra diferencia radicaría en la consideración de que, mientras las normas se pueden identificar mediante un test de origen, los principios no. Sabemos si una norma legislativa pertenece a un ordenamiento determinado si se puede deducir su validez de la Constitución, mientras que no se puede deducir la validez de un principio por su origen sino por su fuerza argumentativa, es decir, por su peso específico¹⁷⁶.

Todo ello, que permite incluir a la teoría dworkiana en el denominado principia-lismo o postpositivismo, refleja la relevancia que Dworkin otorga en el proceso interpretativo a los principios, como pondremos de manifiesto en el apartado relativo a la interpretación.

6.3.3. Otras fuentes del Derecho.

Dworkin no dedica su teoría a sistematizar, describir o identificar las fuentes del Derecho. Como indica Lifante Vidal, la teoría de Dworkin descuida el aspecto de las fuentes del Derecho, menospreciando lo relacionado con los criterios identificativos de los materiales jurídicos, aunque ello sea, a su vez, esencial para determinar cuáles son los estándares que los jueces tienen la obligación de aplicar y que, para Dworkin, suponen el contenido del Derecho. De forma que, más que tratar el ámbito de las fuentes del Derecho, Dworkin efectúa en su teoría una reconstrucción de todo el orden jurídico a partir de tales fuentes¹⁷⁷.

En todo caso, hay que reseñar la importancia que este autor concedió a los precedentes judiciales, en la medida en que son esenciales para concretar los principios que fundamentan una determinada materia, los cuales permiten un desarrollo coherente y justificado por parte de los jueces de los procesos interpretativos, como se ejemplifica en su metáfora de la novela en cadena¹⁷⁸.

¹⁷⁶ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. También en DWORKIN, R. *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992.

¹⁷⁷ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 251-332.

¹⁷⁸ Esta metáfora será referida en el análisis de la interpretación en Dworkin.

6.4. Relación entre Derecho y Moral.

Dworkin mantiene que la distinción entre Derecho y Moral, clave del enfoque positivista, no puede ser defendida. Su teoría, desde esta perspectiva, rechaza tanto la visión positivista de la distinción absoluta entre Moral y Derecho como las pretensiones iusnaturalistas de fusión entre una y otro¹⁷⁹. Así, sostiene que la evaluación moral es necesaria tanto para entender como para describir el Derecho¹⁸⁰.

Dworkin propone una teoría que promueve una concepción interpretativa, la del *Derecho como integridad*, que parte de la consideración de que el juez debe y puede resolver todos los casos que se le someten con arreglo a los instrumentos que le otorga el Derecho. Y dentro de ellos, no sólo incluye a las normas y a los precedentes judiciales, sino también a los principios. Dworkin reserva, esencialmente, el protagonismo de los principios para los casos difíciles, es decir, para aquellos que no están previamente resueltos o contemplados en el propio Derecho. A través de estos principios se garantiza el mantenimiento de una estructura que sitúa por encima de todo lo demás, incluso sobre el Derecho positivo en vigor, los valores básicos que se desprenden de esta concepción de integridad, que incluirán la justicia, la imparcialidad y la equidad, en un peligroso equilibrio con las normas del ordenamiento jurídico. Por ello, debemos encontrar los valores que mejor justifican y proporcionan la explicación del imperio de la ley como ideal político. En este sentido afirma:

“Cualquier teoría sobre la mejor manera de entender un valor explícitamente político como el valor aspiracional del derecho tiene que ser un ejercicio de moralidad política”.¹⁸¹

Pero para Dworkin no valen todos los principios, sino aquellos que expresan derechos morales básicos¹⁸². Al concebir como elemento plenamente integrante del Derecho

¹⁷⁹ CALSAMIGLIA, A. “El Derecho como integridad. Dworkin”. Working paper. Nº 25. Barcelona. 1990. Localizable en: <http://www.recercat.net/bitstream/2072/1458/1/ICPS25.pdf>, a fecha de diciembre de 2010.

¹⁸⁰ CASAMIGLIA BLANCAFORT, A. “Postpositivismo”. *Doxa: Cuadernos de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 209-220.

¹⁸¹ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 23.

¹⁸² Para Dworkin, en un caso difícil tanto los derechos legales como los derechos morales pueden intervenir para resolverlo. CASAMIGLIA, A. “¿Por qué es importante Dworkin?”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 2. 1985. Págs. 159-166.

los principios aludidos, Dworkin conforma una especial relación entre Derecho y moral, al incluir esta última como criterio relevante en la conformación del sistema jurídico. Así, se define el Derecho explícito como una expresión o manifestación del Derecho implícito, conformando una concepción objetivista de los principios morales de la comunidad¹⁸³.

De lo expuesto se deduce que Dworkin incluye dentro del propio Derecho y del razonamiento jurídico a la Moral (introducida mediante los principios que el juez ha de aplicar) como elemento relevante para hallar la solución más adecuada y más coherente con el sistema jurídico vigente¹⁸⁴:

“Desde mi punto de vista, el razonamiento jurídico es un razonamiento característica y predominantemente moral. Los juristas deben decidir qué principios de los grupos de estándares en competición ofrecen la mejor justificación (más atractiva en términos morales) de la práctica jurídica como un todo”.¹⁸⁵

En última instancia, es preciso concretar que las bases que establece Dworkin sobre la Moral son aplicables a las culturas jurídicas propias de los Estados democráticos constitucionales, pues, como refiere Lifante, Dworkin no pretende desarrollar una teoría general del Derecho, sino únicamente una teoría que dé cuenta de los Derechos de una particular cultura jurídica, de aquellos Derechos que puedan generar la actitud interpretativa, para lo cual las prácticas jurídicas deben estar moralmente justificadas¹⁸⁶.

6.5. Interpretación jurídica.

La perspectiva de Dworkin en el estudio de la interpretación jurídica pretende tomar como punto de partida el modo en que se resuelven en el ámbito jurídico los problemas particulares, es decir, la perspectiva del caso concreto, aunque él lo hace desde la perspectiva de la actividad judicial. Adopta, por ello, un punto de vista interno al sistema

¹⁸³ DEL REAL ALCALÁ, A. "La doctrina de la completitud del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo". *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. II. Teoría y Metodología del Derecho*. Editorial Dykinson. Madrid. 2008. Págs. 423-447.

¹⁸⁴ En esta línea también se inscribirían otros representantes de, lo que se ha venido a llamar, el postpositivismo, como Alexy. Véase: ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Pág. 483.

¹⁸⁵ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 163.

¹⁸⁶ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 251-332.

jurídico, el de un participante en la práctica social del Derecho. Pretende desarrollar, de esta forma, una teoría de la adjudicación de la que carecían las teorías positivistas precedentes, pues -para Dworkin- el Derecho es un concepto interpretativo.

Dworkin se desentiende de la interpretación doctrinal para centrarse en la interpretación operativa, es decir, la que llevan a cabo los órganos del Estado. Supera, así, la tradicional concepción y objeto que ha tenido la interpretación jurídica¹⁸⁷.

El *Derecho como integridad* es la concepción interpretativa del Derecho postulada por Dworkin, según la denomina el propio autor. En ella, desarrollada, esencialmente, en su libro *Law's Empire*, no analiza los desacuerdos que pueden existir por cuestiones fácticas ni semánticas, sino por cuestiones relacionadas con los fundamentos de Derecho, que son consideradas por Dworkin como aquellas proposiciones en virtud de las cuales puede afirmarse la verdad o la falsedad de las proposiciones de Derecho.

Dworkin distingue en su obra cuatro formas interpretativas: la interpretación de una conversación (en la que se pretendería averiguar los motivos del orador), la interpretación científica (en la que se pretende dar una explicación causal), la interpretación artística y la interpretación de una práctica social. En estos dos últimos casos la interpretación versa sobre algo creado por personas que adquiere una entidad distinta a la de sus creadores. Por ello, estas dos formas de interpretación son denominadas por Dworkin como formas de interpretación creativas, en las que se pretende la determinación de los propósitos o del sentido de la práctica (no de los propósitos descubiertos), aunque ello no implica una total libertad en el desarrollo de la interpretación, puesto que la historia o forma de una práctica u objeto restringe sus interpretaciones disponibles. En suma, toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, de forma que ha de proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de visiones o propósitos, es decir, un sentido, aunque no exista un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito.

Así, el intérprete de una práctica social debe proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de objetivos, intereses o princi-

¹⁸⁷ SANTOS PÉREZ, M. L. "Una filosofía para erizos: una aproximación a la filosofía de Ronald Dworkin." *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 26. 2003. Págs. 347-384.

pios de los que la práctica pueda ser expresión, de forma que el intérprete ha de proponer la interpretación que proponga el mejor valor para la práctica:

“... they (judges) try to decide hard cases consistently so far as they can, with what they take to be the best interpretation of the general practice of deciding hard cases. When they disagree about the law their disagreements are interpretative. .. this will ordinary reflect a deeper disagreement over the best general interpretation of their community's practices of adjudication that is a disagreement about which account or that practice shows it in its best light from the point of view of political morality.”¹⁸⁸

En este sentido, Dworkin contrapone dos modelos interpretativos generales: el constructivo y el conversacional, diferenciados esencialmente por su método. El segundo estaría basado en las intenciones. Dworkin considera que este método no es el idóneo para la interpretación jurídica. El modelo conversacional, al contrario que el anterior, sería dependiente de los valores. Este último modelo de interpretación es el que Dworkin considera que debe extenderse a todos los tipos interpretativos (y, más concretamente, al Derecho, que es una práctica social), pues en este modelo se ha de partir de lo que se considera valioso en el género de la práctica de que se trate, en este caso de un Derecho concreto.

En el desarrollo de la tarea interpretativa¹⁸⁹ en este modelo hay que partir, por tanto, de dos tipos de juicio evaluativos distintos:

Los juicios evaluativos primarios: que son los encargados de determinar qué es lo que se considera valioso en el género al que pertenezca el objeto que interpretamos, lo que implica en el caso de las prácticas sociales el recurso a los valores morales.

Los juicios evaluativos secundarios: que tratan de determinar cómo se debe interpretar el objeto para que el mismo se considere el mejor ejemplo posible del género al que pertenece, para que los valores identificados en la fase anterior se encuentren desarrollados el máximo.

¹⁸⁸ DWORKIN, R. "Legal theory and the problem of sense". *Issues in contemporary legal philosophy*. Clarendon Press. Oxford. 1992. Pág. 14.

¹⁸⁹ En la exposición del proceso interpretativo desde la concepción de Dworkin me basaré en el estudio que sobre ella desarrolla LIFANTE VIDAL, I. en *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 251-332.

Estos juicios evaluativos se corresponden con los dos elementos que Dworkin establece que se exigen en la actividad interpretativa (la actitud interpretativa):

El primero consiste en la suposición de que la práctica social en cuestión no sólo existe, sino que también tiene algún valor, es decir, que sirve a algún propósito o hace cumplir algún principio, el cual confiere sentido a la práctica.

El segundo elemento exige que las reglas de la práctica sean entendidas, aplicadas, extendidas, calificadas o limitadas por dicho sentido.

Por ello, la actitud interpretativa requiere: por un lado, la existencia de unos principios que doten de valor a la práctica¹⁹⁰ y, por otro, el que la consecución de los objetivos propugnados por tales principios tenga primacía sobre determinadas reglas pertenecientes al sistema.

Estos criterios se han de extrapolar al ámbito del Derecho, que ha de ser una práctica social, compuesta tanto de conjunto de reglas como de valores que las reglas pretenden desarrollar.

La actividad interpretativa que describe Dworkin, partiendo de las bases ya concretadas, ha de desarrollarse en tres etapas:

La etapa preinterpretativa: en la misma se han de identificar las reglas y normas que proporcionan el contenido provisional de la práctica, es decir, se ha de precisar el objeto interpretado y calificarlo como perteneciente a un determinado género, que en el caso del Derecho el objeto ha de identificarse con las reglas positivas que conforman la práctica jurídica. Dworkin parte de la consideración de que para que se desarrolle la actitud interpretativa es necesario que previamente exista un acuerdo inicial suficiente sobre qué prácticas son prácticas jurídicas.

La segunda etapa sería la etapa interpretativa: en ella se trata de averiguar el sentido que se considera que la práctica persigue, que en el caso del Derecho viene configurado, esencialmente, por los principios, que permiten ver a la práctica como una unidad que

¹⁹⁰ Según Dworkin, el valor que ha de tener la práctica ha de poder ser formulado independientemente de la descripción de las reglas que conforman la misma, porque si esto no fuera así no podría distinguirse de tales reglas y no podría restringirlas, como exige el segundo elemento de la actitud interpretativa.

sirve a ciertos valores y propósitos. Aquí entra a operar la idea de integridad, pues los materiales jurídicos deben verse como una unidad, que viene conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. Así, el intérprete ha de operar como si el Derecho fuera fruto de una voluntad y esos principios representaran sus intenciones.

No obstante, como pueden concurrir en un caso concreto reglas que persigan distintos objetivos o que respondan a distintos valores al mismo tiempo, el intérprete deberá mostrar las distintas interpretaciones que pueden adecuarse a los materiales jurídicos identificados en la etapa anterior.

En esta etapa el concepto clave es el de adecuación (*fit*) entre el sentido descubierto a través de cada interpretación y los materiales previamente identificados como jurídicos en la etapa interpretativa.

En tercer lugar, se encuadraría la etapa postinterpretativa: en ella se trata de elegir una de entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos, lo que puede conllevar el abandono o reforma de algunas de las reglas identificadas en la etapa primera. Se desarrollaría, en palabras de Dworkin, un ascenso justificativo (*justificary ascent*)¹⁹¹. Los criterios para llevar a cabo esta elección se basan en los valores (morales) que pueden mostrar a la práctica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género al que se considera que pertenece. La concreción de los valores se determinará mediante los juicios evaluativos primarios. El concepto clave aquí es el de *soundness* (solidez, coherencia). Se trataría de llevar a cabo juicios evaluativos secundarios, que permitirían determinar cómo una práctica jurídica puede desarrollar al máximo aquellos valores, de forma que pase a ser la mejor práctica posible de entre las que admiten los materiales identificados e interpretados en las etapas anteriores. La Filosofía Política, por ello, a juicio de Dworkin, debe construir concepciones o interpretaciones de cada uno de los valores políticos como parte de una estructura de valor que conecte la estructura política con la moralidad y la ética¹⁹².

¹⁹¹ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 67.

¹⁹² DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 179.

El juez Hércules que propone Dworkin se sitúa, así, en esta etapa postinterpretativa, huyendo en sus análisis de la perspectiva del legislador para situarla en la de un caso concreto, en la búsqueda de la decisión justificada para ese caso: la *única respuesta correcta*¹⁹³.

Dworkin centra su estudio sobre esta etapa, la postinterpretativa, mientras que sobre la primera no hace un pronunciamiento preciso, dejando de lado la cuestión de la identificación del Derecho. Más concretamente, se centraría en la resolución de los denominados casos difíciles. Como casos difíciles considera aquellos que, en un determinado litigio, no es posible subsumirlos claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución. Dworkin considera que estamos ante un caso difícil cuando se verifica alguna de estas dos condiciones: insuficiencia de norma, o cuando nos encontramos ante problemas de interpretación de las normas, consistentes en la concurrencia de varias reglas para la solución del mismo caso. Es en estos casos cuando el juez, aun existiendo una laguna legislativa, es el que debe descubrir qué derechos tienen las partes en ese momento, sin necesidad de inventar retroactivamente derechos nuevos.

La interpretación comprendería, por tanto, para Dworkin, todo el proceso de reconstrucción del Derecho de cara a la resolución del caso concreto. Se trataría de construir una proposición normativa general y reconstructiva de todo el sistema jurídico que dé respuesta a un caso concreto. El Derecho como integridad, tal y como es concebido por Dworkin, explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad, como si expresara un grupo coherente de principios y, con ese fin, requiere que interpreten estas normas para hallar normas implícitas entre y debajo de las explícitas, de forma que exige que los jueces interpreten el Derecho como si hubiera

¹⁹³ Las características que Dworkin atribuye al juez Hércules personificarían, por tanto, la integridad que debe caracterizar al Derecho: juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumana, que acepta el derecho como integridad, con talentos sobrehumanos y tiempo infinito, que se deja guiar por un sentido de la integridad constitucional que supone que aplica la mejor interpretación posible del texto legal en relación con su juicio acerca de cuál es la mejor interpretación acorde con la gran complejidad de cuestiones políticas inherentes a la misma. PRIETO SANCHÍS, L. “Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”. *Revista española de Derecho Constitucional*. N° 14. 1985. Págs. 353-378.

sido creado por un mismo legislador racional que, además, actuaba bajo un esquema coherente de principios, de modo que hubiera una sola respuesta correcta¹⁹⁴.

Dworkin, con su teoría, por tanto, supera el concepto de interpretación tradicional, normalmente vinculado a la voluntad del legislador:

“Nadie piensa que los jueces puedan o deban decidir los casos mediante un algoritmo que se pretende guíe a los jueces a la única decisión correcta a través de un proceso lógico o de cualquier otro modo formal, mediante la única ayuda de los materiales canónicos de la decisión judicial.... Esta descripción de la aplicación judicial del derecho es un hombre de paja y siempre lo fue. Los jueces deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones, por supuesto, pero sólo pueden hacerlo en la forma indicada por los principios enraizados en el derecho como un todo.”¹⁹⁵

Focaliza la interpretación en el ámbito de los principios de moralidad política, incorporando una nueva concepción de interpretación sistemática que obliga al juez a especificar los principios que subyacen a las prácticas jurídicas. La posición de Dworkin en el ámbito de la interpretación jurídica implica abandonar la idea de que son los enunciados aislados los portadores de significado para considerar que son los grupos de enunciados (teorías, concepciones, dominios, esquemas conceptuales, etc.) los que cumplen esa función¹⁹⁶.

Dworkin aporta, como un modelo comparativo con aquél que han de desarrollar los jueces, el símil de la *novela en cadena* (*chain novel*), escrita por distintos novelistas. Cada novelista debe interpretar los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista, y así sucesivamente, con el objetivo final de escribir una novela única, como si se tratara de la obra de un solo autor.

¹⁹⁴ SANTOS PÉREZ, M. L. “Una filosofía para erizos: una aproximación a la filosofía de Ronald Dworkin.” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 26. 2003. Págs. 347-384. También en DWORKIN, R. *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992. Págs. 125, 159.

¹⁹⁵ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 122.

¹⁹⁶ RAÚL BONORINO, P. *Integridad, Derecho y Justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2003. Véase también: DWORKIN, R. “Is there really no right answer in hard cases?” *A matter of principle*. Harvard University Press. USA. Págs. 119-145.

A través de este símil Dworkin unifica la perspectiva externa e interna (del participante) en el enfoque y análisis del Derecho¹⁹⁷.

Dworkin somete el proyecto novelístico a dos condicionantes: por una parte, hay que atenerse a la *dimensión de la concordancia*, es decir, el mantenimiento de la fidelidad al texto del proyecto que se nos ha entregado, así como a su finalidad última, y por otra, hay que respetar la *dimensión interpretativa*, que nos será útil cuando ninguna de las interpretaciones posibles se acomode al texto recibido y a la finalidad del mismo¹⁹⁸.

La obra, desde esta perspectiva, constituye una entidad independiente de sus autores y de sus propósitos originales:

"... must include the intention to produce something capable of being treated that way, by himself and therefore by others, and so must include the intention to create something independent of his intentions...The intentions of authors are not simply conjunctive, like the intentions of someone who goes to market with a shopping list, but structured, so that the more concrete of these intentions, like intentions about the motives of a particular character in a novel, are contingent on interpretative beliefs whose soundness varies with what is produced and which might be radically altered from time to time."¹⁹⁹

Dworkin sostiene, por tanto, que para esclarecer qué se entiende por Derecho se requiere un proceso interpretativo en el que estén presentes, inevitablemente, valoraciones

¹⁹⁷ "I want to use literary interpretation as a model for the central method of legal analysis, and I therefore need to show how even this distinction between artist and critic might be eroded in certain circumstances." DWORKIN, R. "How law is like literature". *A matter of principle*. Harvard University Press. USA. Pág. 158.

¹⁹⁸ DWORKIN, R. *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992. Págs. 166 y sigs. Como refiere Bonorino, la interpretación jurídica, tal y como la propone Dworkin, puede ser puesta a prueba en dos dimensiones. La dimensión del ajuste, que exige dar cuenta de las principales decisiones tomadas anteriormente en la práctica y relacionadas con la cuestión que se está tratando. Y la dimensión de la justificación, que requiere que la interpretación propuesta proporcione una serie de principios de moralidad política que puedan considerarse como una razón plausible para adoptar la decisión de que se trate. RAÚL BONORINO, P. *Integridad, Derecho y Justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2003. Págs. 95 y sigs. Véase también: DWORKIN, R. "Is there really no right answer in hard cases?" *A matter of principle*. Harvard University Press. USA. Pág. 143.

¹⁹⁹ DWORKIN, R. "How law is like literature". *A matter of principle*. Harvard University Press. USA. Pág. 157.

políticas²⁰⁰. La actitud interpretativa supone que la práctica que se desarrolla sirve a unos objetivos que vienen dados por unos principios y valores que tienen primacía sobre determinadas reglas pertenecientes a la práctica²⁰¹.

El modelo de decisión jurídica de Dworkin resulta, por ello, bastante complejo. Coloca, junto a las normas jurídicas propiamente dichas, unas pautas o índices intelectuales de la decisión jurídica que harán posible dar una única solución correcta a cada caso. Ello implica que ante los casos difíciles la decisión jurídica, además, ha de tener en cuenta una visión particular de moralidad política, lo que hace que no se puedan separar estos dos aspectos -moral política y Derecho - a la hora de tomar una decisión²⁰².

6.6. La discrecionalidad judicial y la tesis de la única respuesta correcta.

En el ámbito de la teoría dworkiana siempre es posible hallar una interpretación en cada caso concreto que sea la mejor, que será la que determine la única respuesta correcta, lo que implica que las demás interpretaciones son incorrectas, aunque para ello sean precisos juicios morales, desarrollados en la forma explicitada con anterioridad. Y ello aunque las normas recurran a conceptos jurídicos que no sean claros debido a la vaguedad o a la ambigüedad del lenguaje, pues desde la teoría de Dworkin el significado del lenguaje jurídico debe ser sólo uno de los diferentes aspectos que deben tenerse en cuenta en la evaluación de las posibles lecturas que se puedan realizar de la norma.

Desde su concepción del Derecho, Dworkin considera, por tanto, que el juez ha de aceptar el ideal interpretativo de la integridad del Derecho. No admite, al contrario que los positivistas, que existen ámbitos no regulados por el Derecho en los que haya que acudir al poder creador de los jueces, de modo que ante los casos difíciles (aquellos supuestos en los que el Derecho no es explícito) los jueces no crean Derecho, sino que el sistema puede ser interpretado para hallar la solución adecuada, que es única (*Tesis de la*

²⁰⁰ SANTOS PÉREZ, M. L. "Una filosofía para erizos: una aproximación a la filosofía de Ronald Dworkin." *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 26. 2003. Págs. 347-384.

²⁰¹ SANTOS PÉREZ, M. L. "Una filosofía para erizos: una aproximación a la filosofía de Ronald Dworkin." *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 26. 2003. Págs. 347-384.

²⁰² MUÑOZ GONZÁLEZ, A.J. "Casos difíciles y Derecho como integración (estudio sobre la teoría jurídica filosófica de Ronald Dworkin)". *Revista telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 3. 1999-2000. Págs. 57-66.

Respuesta Correcta), en la que han de intervenir, no sólo la normativa explícita, sino también los principios coherentes existentes sobre los derechos y deberes de la persona, extraídos de la mejor interpretación posible que integre la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. Dworkin, si bien reconoce que en la práctica legal existen diferentes convicciones entre los diferentes jueces y que su ideología influye en sus decisiones, sin embargo, mantiene que una variedad de fuerzas conspira hacia la convergencia, pues “toda comunidad jurídica posee paradigmas de Derecho que en la práctica no pueden dejar de objetarse sin sugerir corrupción o ignorancia”²⁰³. Dentro de estas fuerzas destacan las de orden interno, como la que ejerce el precedente judicial. Para Dworkin ha fracasado la posición que mantiene que no hay respuestas correctas en cuestiones valorativas, sino respuestas diferentes. En una controversia interpretativa siempre es posible determinar, para Dworkin, que una de las posibles respuestas es la correcta²⁰⁴.

Por tanto, sostiene la suficiencia del Derecho, negando, por tanto, que exista discrecionalidad en las decisiones de los jueces. Dicha discrecionalidad ha de integrarse mediante el proceso interpretativo configurado por Dworkin, pero, en ningún caso, con el mero propósito de promover objetivos o finalidades a cuya consecución aspire el juez:

“Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario, y en cuanto también han de estar justificados por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas...Hércules no busca primero los límites del derecho para después completar con sus propias convicciones políticas lo que éste requiere.”²⁰⁵

6.7. Argumentación.

Dworkin desarrolla a lo largo de su obra una teoría de la interpretación de las normas, centrando la misma, esencialmente, en el modo en que se han de resolver los casos difíciles, fundamentalmente en lo que respecta a los problemas de la identificación en estos

²⁰³ DWORKIN, R. *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992. Pág. 72.

²⁰⁴ Desde esta perspectiva, argumenta que son tres las tesis que sustentan la inexistencia de la respuesta correcta, las cuales son refutadas por Dworkin. DWORKIN, R. "Is there really no right answer in hard cases?" *A matter of principle*. Harvard University Press. USA. Págs. 121, 123, 128, 137.

²⁰⁵ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Págs. 191 y 202.

supuestos de las premisas normativas de los argumentos jurídicos. Así, en la medida en que dicha teoría está construida desde la perspectiva de la justificación de las decisiones judiciales, su visión de la interpretación ha de entenderse como una contribución a la teoría de la argumentación jurídica.

Dworkin no pretende ocuparse de los motivos concretos que pueden tener los jueces para resolver los casos de una determinada manera, sino tan sólo de la argumentación requerida por el Derecho: su centro de atención sería lo que se considera como el contexto de la justificación de las decisiones jurisdiccionales, dejando de lado todo lo relativo al contexto del descubrimiento.

En virtud de tales valoraciones, Santos Pérez²⁰⁶ incluye a Dworkin, dentro de las teorías de la argumentación jurídica, en un tipo de indagación que no se limitaría al uso de la lógica formal. Es decir, para él la lógica de los argumentos no depende de las relaciones lógicas que existen entre los enunciados que los componen, sino que requiere la verdad de las premisas. Pretende, así, la consecución de una teoría cognoscitiva de la interpretación que intenta indagar la solución adecuada al caso concreto, en lugar de la meramente descriptiva o escéptica de los analistas, que contemplan la interpretación como un conjunto de operaciones dirigidas a explorar el repertorio de los diversos posibles significados de los enunciados normativos contemplados en los textos legales. Su tesis de la *única respuesta correcta* y la metáfora de la *novela en cadena*, una vez más, nos hacen patente esta concepción de Dworkin. De ello se deduce que Dworkin se introduce en el ámbito de la argumentación material, superando así las exigencias de la argumentación formal.

Dworkin parte de su tesis de la *única respuesta correcta* como una presuposición normativa que ha de condicionar la actividad jurisdiccional y que obliga a abarcar el material normativo desde ciertas idealizaciones (completud, consistencia, univocidad), lo que conlleva la identificación y aplicación de los principios de moralidad política como razones jurídicas del sistema, como nuevos elementos que incluir en el proceso argumentativo: el razonamiento jurídico consiste, para este autor, en la utilización de una amplia

²⁰⁶ SANTOS PÉREZ, M.L. “Apuntes para una teoría de la argumentación jurídica en el marco del nuevo constitucionalismo”. *Revista Letras Jurídicas*. N° 18. Julio 2008. Págs. 1-12.

²⁰⁶ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 64.

red de principios jurídicamente derivados o de moral política en la resolución de problemas jurídicos²⁰⁷.

Así, en el ámbito de la etapa pre-interpretativa, impone una revisión de los criterios de relevancia, que son los que determinan por qué es razonable usar una determinada premisa como argumento en lugar de otra. Se revisan, de esta forma, los criterios que otorgan relevancia a las premisas provenientes del sistema jurídico y utilizados en el proceso argumentativo: aplicabilidad, interpretación y validez.

El no positivismo de Dworkin impulsa, de esta forma, la dimensión argumentativa del Derecho, abriendo la teoría del Derecho a la teoría de la argumentación. Así, si el positivismo había destacado la “parte dura” del sistema jurídico (las reglas), Dworkin destaca su “parte blanda” (los principios). El Derecho deja de ser estudiado como un conjunto estático de normas, para ser contemplado como un sistema de argumentos, de procedimientos, pues el momento de la aplicación del Derecho adquiere protagonismo. Dworkin, en este sentido, respondería más adecuadamente a una enfoque del Derecho argumentativo porque concibe el propio Derecho, no como una realidad ya dada, como conjunto de normas establecidas, sino como una actividad, una práctica compleja, un proceso, con un análisis funcional del mismo, fundiendo la teoría con la práctica.

Por otra parte, dentro de la etapa interpretativa que propone Dworkin se introducen innovaciones en las valoraciones de los distintos argumentos o razones, dada la distinción entre reglas y principios, lo que implicará la profundización de la cuestión de la estructura de la ponderación de los principios.

La teoría dworkiana, ciertamente, no ha elaborado un estudio sistemático del razonamiento jurídico, lo que han pretendido otros autores, como Alexy Wróbleski o Peczenik²⁰⁸. Pero sí ha elaborado un criterio amplio de justificación, basado en la noción de coherencia o de integridad, construyendo una teoría de la justificación de base coherentis-

²⁰⁷ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 64.

²⁰⁸ Véase: WRÓBLESKI, J. *Constitución y teoría general de interpretación jurídica*. Madrid. Civitas. 1985. PECZENIK, A. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Springer. Dordrecht. 2005. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

ta. La función de los principios en la teoría de Dworkin, que garantizan la plenitud del sistema jurídico, así lo demuestra. Estas aportaciones de Dworkin y, en general, de las teorías no positivistas, como la de Aléxy, suponen para García Figueroa un giro neorrealista²⁰⁹.

Por otra parte, Dworkin hace explícita una teoría propia de la argumentación en el ámbito de la filosofía moral, en la justificación de los principios y de los juicios morales, remitiendo a una teoría de la justicia. Por tanto, el razonamiento jurídico no tendría una total autonomía del razonamiento moral, lo que, a juicio de Delgado Pinto, podría permitir explicar la conexión y la distinción entre Derecho y Moral²¹⁰. Así, los principios incorporan valores morales al sistema jurídico, lo que significa que la argumentación debe estar justificada, de forma que interesa, no cualquier aplicación del Derecho, sino sólo la aplicación justificada del Derecho. La justificación de la aplicación de ciertas normas no se detiene en las normas jurídico-positivas, sino que reclama razones morales a partir de la idea de unidad del razonamiento práctico.

Precisamente, en relación con el valor de los principios, Dworkin otorgaría relevancia al esquema argumentativo de la ponderación²¹¹, el cual se utilizaría cuando los jueces han de recurrir a los principios, bien porque no existe una regla aplicable a la situación (laguna normativa) o cuando sí existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y los principios del sistema (laguna axiológica).

Dworkin, en suma, postula una argumentación que, desde los principios y desde su concepto de Derecho como integridad, permite hallar, a través de un proceso justificativo, la única solución correcta. Vincula, en este sentido, la ponderación con una teoría de la argumentación jurídica racional.

²⁰⁹ GARCÍA FIGUEROA, A. "Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría de la argumentación y teoría del derecho". *Sobre el razonamiento jurídico, Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso, Chile). Nº. 45. Págs. 193-218.

²¹⁰ DELGADO PINTO, J. "La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Nº 11. Enero-diciembre 2002. Págs. 15-43.

²¹¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010. Págs. 32 y 55.

6.8. Implicaciones de la teoría del *Derecho como integridad* en el ejercicio de la función jurisdiccional.

6.8.1. Fuentes del Derecho.

El Derecho comprende, para Dworkin, todos aquellos estándares que resultan aplicables a un caso concreto y que los jueces han de aplicar, es decir, todos los elementos que han de ser considerados por los jueces para la resolución de un caso concreto, con una especial consideración respecto de los principios. Su concepción del Derecho -el Derecho como integridad- obliga a considerar que el mismo está conformado por un conjunto coherente de principios. Para Dworkin, los principios fundamentan el Derecho y han de ser descubiertos por el juez en su proceso interpretativo.

Dworkin, asimismo, contempla como integrantes del Derecho no sólo el Derecho positivo, sino también al precedente judicial, efectuando un intento de sistematizar la creación y evolución del mismo. La Constitución, desde esta posición doctrinal, es considerada como una norma jerárquicamente superior que condiciona de forma directa todos los procesos interpretativos a través de los derechos, principios y valores que reconoce, que informan los parámetros en los que debe desarrollarse la interpretación y la justificación de las decisiones judiciales.

No obstante, la teoría de Dworkin, al contrario de lo que desarrollaron las teorías positivistas, no se dedica de forma precisa al análisis e identificación de las distintas fuentes del Derecho. Ello también porque Dworkin concibe el Derecho, más que como un sistema, tal y como lo hacen los positivistas, como una práctica social, según se deduce de la descripción del proceso interpretativo que idea, en el que incluye los procesos interpretativos y argumentativos necesarios para que el juez adopte, finalmente, una decisión.

Dworkin parte de la consideración de que, al contrario de lo que mantienen las teorías positivistas más recientes, el sistema jurídico es completo, no existen lagunas en él. Todos los supuestos planteados pueden obtener desde el Derecho una respuesta adecuada y coherente. Pero dicha posición no se asume desde la consideración de que las normas positivas regulan todos los supuestos fácticos, como mantenían los exégetas, sino porque los supuestos no regulados por las reglas del sistema están cubiertos por los principios. La

relevancia de estos es para Dworkin tal que, según él, los principios informan o sustentan las normas jurídicas (las reglas), de modo que la literalidad de éstas puede ser desatendida o inaplicada por el juez cuando violen un principio que, en ese caso específico, se considere importante (cuando se produce una laguna axiológica).

6.8.2. Relación entre Derecho y Moral.

Dworkin no mantiene que el Derecho y la Moral conformen sistemas estancos. La inclusión de los principios en el sistema hace patente el relevante papel que para Dworkin tiene la Moral en el Derecho. Introduce plenamente la Moral en el ámbito jurídico: para Dworkin en el razonamiento jurídico ha de estar presente, necesariamente, el razonamiento moral.

La introducción de la Moral en el ámbito jurídico se produce, esencialmente, a través de la incorporación de los principios en el proceso interpretativo que Dworkin describe, esencialmente en la etapa post-interpretativa de aquél. A través de los mismos se garantiza el mantenimiento de valores básicos y propios del Derecho, que se desprenden de la concepción de integridad configurada por Dworkin. Se trata, en suma, de principios de moralidad pública o moral institucional. Y si bien Dworkin distinguió en su obra entre principios institucionalizados, que fundamentan derechos jurídicos, y principios no institucionalizados, que fundamentan derechos morales, unos y otros, según él, no pertenecen a órdenes conceptuales distintos.

6.8.3. Interpretación jurídica.

Dworkin parte de unos parámetros en el ámbito de la interpretación sustancialmente diferentes de los configurados por los positivistas. Considera que en el Derecho se ha de recurrir a un modelo interpretativo de tipo constructivo, que debe pretender el desarrollo de lo que en un Derecho concreto se considera valioso. Serán los juicios evaluativos primarios y secundarios los que permitan controlar que la interpretación que se desarrolla cumpla con dicho objetivo, dado que a través de tales juicios se delimita lo que es valioso en el Derecho en cuestión y cómo debemos interpretar las normas del sistema para que los valores que pretendemos tutelar sean efectivamente desarrollados en la práctica del Derecho.

En base a estos postulados Dworkin diseña la interpretación en tres etapas. En la primera, el juez ha de identificar las reglas positivas aplicables al caso en cuestión. En la segunda etapa, la interpretativa, el juez deberá mostrar las distintas interpretaciones que pueden adecuarse a los materiales jurídicos identificados en la etapa anterior, en función de los diferentes principios que pueden orientar la interpretación del material jurídico seleccionado previamente. En último lugar, en la etapa postinterpretativa, se seleccionará una de las distintas interpretaciones perfiladas en la etapa anterior. Los criterios para llevar a cabo esta elección son los valores, los cuales han de mostrar a la práctica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece. Se seleccionará, por tanto, la interpretación que desarrolle al máximo aquellos valores, de forma que la práctica, en este caso jurídica, pase a ser la mejor posible de entre las que admiten los materiales identificados e interpretados en las etapas anteriores. El Derecho como integridad, por tanto, supone que los fundamentos del Derecho se basan en la integridad, es decir, en la mejor interpretación constructiva de las decisiones legales del pasado.

Dworkin entiende que para hallar la solución en un caso en el proceso de interpretación se deberán indagar las normas implícitas que se encuentran entre las explícitas, como si todo el Derecho lo hubiera creado un solo legislador racional. El juez, así, ha de localizar la más adecuada respuesta jurídica al supuesto que se le somete desde los recursos y elementos que ofrece el Derecho en su totalidad (*tesis de la única respuesta correcta*). En este sentido, Dworkin trata de sistematizar la interpretación judicial, pues, en virtud de los precedentes y de los principios existentes, siempre existirá una solución más coherente y que otorgue una más adecuada continuidad al sistema jurídico.

Propone, de esta forma, un modelo de interpretación de tipo constructivo, de forma que al desarrollar el Derecho se debe procurar mantener una plena coherencia con lo existente en la ley y con el futuro de la misma, en el sentido de representar de manera correcta los valores que persigue el Derecho para una sociedad justa. Contempla, por ello, la labor judicial como una actividad que impone un conocimiento exhaustivo de los precedentes jurisprudenciales, de la normativa vigente y de los principios inmanentes e ínsitos en el Derecho, una labor muy amplia que Dworkin la describe con la metáfora del juez *Hércules* y con la imagen de la *novela en cadena* que los diferentes jueces van redactando en el ejercicio de la función judicial. La labor del juez requerirá, desde esta teoría, una

actividad de interpretación aún más compleja que en el ámbito del positivismo, pues al no existir discrecionalidad, la solución ha de estar extraída desde lo jurídico, desde los múltiples elementos que ofrece el Derecho (en el que Dworkin introduce elementos morales) en un intento de lograr una plena sistematización de las decisiones judiciales.

6.8.4. Discrecionalidad judicial.

A diferencia de lo que postulan los positivistas, según Dworkin, la decisión que ha de adoptar el juez en cada caso concreto es única, de forma que nunca existe una posibilidad de que el juez pueda elegir una solución de entre varias posibles. No existe, para Dworkin, en suma, discrecionalidad judicial.

Por ello, no sólo se pueden obtener desde el Derecho soluciones a todos los casos litigiosos que se someten a los jueces, sino que dichas soluciones son únicas para cada supuesto, es decir, que, al contrario de lo que mantenían los positivistas, no existe una libertad de elección en el juez entre diversas alternativas. La búsqueda de esta solución se deberá lograr mediante la utilización de los elementos descritos en el proceso interpretativo, ya analizado, propio de la concepción dworkiana. En este razonamiento se deberán ponderar valoraciones políticas, parámetros que contrastan de forma notable con la perspectiva de análisis y el carácter descriptivo de las teorías positivistas.

En todo caso, esta perspectiva de Dworkin, si bien implica una interpretación del Derecho que exige un conocimiento integral de la disciplina jurídica que se está aplicando, conlleva también la introducción en el ámbito de la interpretación judicial de elementos valorativos que contienen elementos ideológicos difíciles de consensuar y de objetivar.

6.8.5. Argumentación.

Desde un punto de vista material, Dworkin amplía las razones jurídicas que pueden sostener un pronunciamiento judicial. En este sentido, Dworkin alude a las mismas como todos los estándares que han de ser aplicados por los jueces para resolver los casos que se les someten. Por tanto, Dworkin incluiría, junto a las reglas (del Derecho positivo), los principios, relativizando el valor de las primeras y otorgando un notable protagonismo

a los segundos, que cobrarían una especial relevancia en la resolución de los casos difíciles.

Y dado que Dworkin mantiene que la práctica del Derecho tiene algún valor que, a su vez, ha de dar sentido a esta práctica, conforma a los principios y valores como dos elementos que condicionan la interpretación del resto del sistema jurídico, pues para este autor los principios pueden, incluso, superponerse, a la eficacia de una regla concreta (cuando nos encontráramos ante lagunas axiológicas). El Derecho explícito, por tanto, es –desde la teoría del Derecho como integridad– una manifestación del Derecho implícito. Por ello, revisa los criterios que otorgan relevancia a las premisas provenientes del sistema jurídico y utilizados en el proceso argumentativo: aplicabilidad, interpretación y validez.

Desde una perspectiva formal, Dworkin se caracteriza por aportar, desde la relevancia que otorga a los principios, un esquema argumentativo no tan definido en las teorías antecedentes, el esquema de la ponderación (en su dimensión subsuntiva), que sería de aplicación ante la inexistencia de reglas (lagunas normativas) o ante reglas contrarias a los valores del sistema (laguna normativa o axiológica) y que requeriría la confrontación de distintos principios para, finalmente y considerando los valores que se pretenden hacer valer, seleccionar el principio que se considera prevalente para convertirlo en una regla aplicable al caso concreto.

Pero su gran aportación sería la idea de coherencia en los procesos interpretativos que han de desarrollar los razonamientos judiciales. Así, al imponer la necesidad de que en la interpretación jurídica se ponderen los valores que, a su vez, determinan los principios relevantes en cada ámbito del Derecho en cuestión, exige en cada caso la adopción de una solución sistemática y cohesionada con el conjunto del sistema jurídico, pues desde esta posición doctrinal se determina como fundamento que sólo una de las interpretaciones posibles es la correcta. La labor argumentativa, por tanto, ha de suponer, como ficción y también como marco de referencia, que todo el Derecho ha sido creado por un legislador racional. Todo ello requiere una mayor exigencia de concordancia y correlación entre la decisión final adoptada y Derecho precedente (símil de la novela en cadena), así como entre los propios razonamientos que se pueden esgrimir en la resolución judicial, que han de reflejar una ponderación conjunta de preceptos legales y de principios

para expresar de forma integral la más adecuada interpretación jurídica posible, desde el Derecho, y el supuesto práctico planteado en un litigio. Aporta, por ello, razones justificativas al razonamiento judicial desde una postura más coherente con Derecho preexistente.

7. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO: EL *FACT ESKEPTICISM* Y EL *RULE ESKEPTICISM*. JEROME FRANK Y KARL N. LLEWELLYN.

7.1. Antecedentes y contexto.

Bajo la denominación de "realistas" han pasado a la tradición de la Filosofía del Derecho un conjunto amplio y heterogéneo de juristas que escribieron y enseñaron en las facultades y Law Schools estadounidenses durante los dos primeros tercios del siglo XX²¹². Como teorías precursoras de este movimiento hemos de mencionar la filosofía pragmatista de John Dewey y la jurisprudencia sociológica de, entre otros, Roscoe Pound. Para John Dewey, el problema central de la vida que la Filosofía debe ayudar a resolver es el de lograr la forma más efectiva y fecunda de interacción entre dos modos de creencia, el de los hechos y el de los valores. El problema de la filosofía moderna es, pues, para Dewey, reencontrar la conexión perdida entre los objetos naturales y los valores últimos, que la filosofía clásica soslayó. Desde esta perspectiva, define el Derecho desde un punto de vista fáctico como un fenómeno social, como un proceso antes que como un resultado. Un proceso de orígenes consuetudinarios que consiste en acciones recíprocas (transacciones) cuyo estándar de evaluación ha de encontrarse en las consecuencias, en la función de lo que acontece en sociedad²¹³.

Pound, por su parte, desarrolló una teoría de la decisión judicial fundada en un concreto concepto de Derecho y en una teoría de la ciencia jurídica que, bajo la influencia del pragmatismo filosófico, centró más su atención en las acciones de los hombres que en sus resultados, más al proceso de realización del Derecho que al Derecho mismo. El De-

²¹² CASANOVAS, P. *El ámbito de lo jurídico*. "El realismo jurídico norteamericano. Introducción". Crítica. Barcelona. 2000. Pág. 235.

²¹³ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Págs. 7, 11, 12.

recho, en consonancia con estos postulados, es concebido, desde una perspectiva funcional, como un medio de control social que consiste no sólo en reglas sino también en procedimientos, técnicas, tradiciones e ideales. Por tanto, el proceso decisorio de los jueces no puede concebirse con el modelo del silogismo judicial, pues el juez es un ingeniero social ocupado en la ponderación de los diferentes intereses en juego en la vida social cuya labor no está determinada de un modo rígido por la norma jurídica²¹⁴.

Por último, hemos de destacar como precursor del movimiento realista al juez Holmes, quien -partiendo también de una filosofía pragmatista- promovió la construcción de una ciencia jurídica empírica, prescriptiva y descriptiva, basada en la observación de la práctica del Derecho y en el estudio de las ciencias sociales. Holmes esbozó, de esta forma, una sociología de la decisión judicial que despreciaba el papel de la lógica deductiva en la actividad de aplicación judicial del Derecho y resaltaba, por contra, la relevancia que en el ámbito del progreso social implican las decisiones judiciales²¹⁵.

7.2. Concepción del Derecho.

A pesar de estos comunes antecedentes, hay que resaltar la heterogeneidad existente en el seno de la escuela realista, aún ciñéndonos al ámbito propio del realismo norteamericano. En todo caso, este movimiento, aunque diverso, se caracteriza por asumir una intensa crítica a los postulados en los que se fundamentaba el positivismo más formalista. Estos autores pretendieron reaccionar contra la corriente de jurisprudencia analítica iniciada por Austin y que era dominante en el ámbito jurídico estadounidense en las primeras décadas del siglo XX. Dicha escuela, en su pretensión de elaborar una ciencia jurídica auténtica, partía de la idea de que el Derecho se encontraba intrínsecamente dotado de una estructura racional y objetivamente determinable, intentando inducir de su contenido los principios que están implícitos en él. Se desarrolló, así, un proceso de abstracción conceptual y de elaboración de categorías jurídicas cada vez más generales para subsumir en su seno la regulación de las instituciones jurídicas particulares. En este contexto quedaba excluida de raíz toda labor creadora de los juristas, quedándose el Derecho desli-

²¹⁴ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Págs. 19, 20, 25.

²¹⁵ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Págs. 15, 16, 17.

gado de cualquier voluntad creadora, dado que el mismo era entendido como un cuerpo sistemático de principios y de normas jurídicas que funcionaban como axiomas fijos e incuestionados a partir de los cuales se hacía posible, mediante procesos de deducción conceptual, solventar todo problema jurídico. Se desarrolló, en estos términos, una concepción meramente mecánica y declarativa de la función judicial²¹⁶.

Frente a estos postulados, los componentes del denominado realismo jurídico pretendieron convertir la ciencia jurídica en una más entre las ciencias sociales, asimilándola, principalmente, a la Sociología y a la Psicología. Esta nueva ciencia, que debía recurrir a los métodos y conceptos de las ciencias sociales, tenía que sustituir a la ciencia jurídica tradicional. Desde esta perspectiva, los autores realistas pretendieron construir una teoría de la decisión judicial sobre la base de una sociología de la decisión judicial: a su juicio, los jueces deciden con base en la consideración de los resultados a que su decisión puede conducir, lo que convierte a la decisión y la argumentación judicial en un asunto esencialmente ético²¹⁷. El criterio conforme al cual tenía que ser evaluado el Derecho debía ser, por tanto, el de su capacidad para satisfacer las finalidades sociales que se pretendían y deseaban, criterio que ha de relacionarse, necesariamente, con el contexto socioeconómico en el que se inició el movimiento realista: los años de la Gran Depresión y de las políticas del New Deal.

Y si bien los integrantes del movimiento realista no tuvieron en común unos postulados precisos acerca del Derecho, su punto de vista epistemológico fue sintetizado por Llewellyn, uno de sus componentes, en un artículo en el que respondió a otro previo de Pound, en el que concretó los fundamentos del realismo jurídico en los siguientes postulados²¹⁸:

- a. La concepción del Derecho como fenómeno dinámico y como creación judicial.
- b. La concepción instrumental del Derecho como un medio para fines sociales.

²¹⁶ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs. 63-66.

²¹⁷ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 28.

²¹⁸ "Some realism about realism", publicado en la *Harvard Law Review*. N° 44 (1931). Pág. 1222. Cit. por CASANOVAS, P. *El ámbito de lo jurídico*. "El realismo jurídico norteamericano. Introducción". Crítica. Barcelona. 2000. Pág. 238.

- c. La concepción de la sociedad en movimiento permanente, más rápido que el Derecho, lo que hace que éste deba ser constantemente revisado.
- d. El divorcio momentáneo entre el ser y el deber ser del Derecho, a efectos de su estudio.
- e. La desconfianza hacia las reglas y hacia los conceptos jurídicos tradicionales, en la medida en que pretenden describir lo que los Tribunales o la gente realmente hace.
- f. La desconfianza hacia la teoría de que las formulaciones normativas de reglas prescriptivas (*prescriptive rule-formulations*) son el factor operativo preponderante en la producción de decisiones judiciales.
- g. La confianza en la conveniencia de agrupar casos y situaciones en categorías jurídicas más concretas o específicas que las habituales.
- h. La insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho atendiendo a sus efectos y en la necesidad de hallar estos efectos.
- i. La insistencia en que los problemas jurídicos deben ser planteados sistemática y programáticamente a partir de las líneas indicadas.

Los autores realistas se han caracterizado, por tanto, por dos notas. En primer lugar, por el rechazo de la explicación de los fenómenos jurídicos a partir de variables endógenas al mismo Derecho, lo que implica la apertura del mundo jurídico a otras ciencias sociales, principalmente la Sociología y la Economía. En segundo lugar, por rechazar la construcción teórica de un cuerpo de conceptos jurídicos sistemáticamente elaborado. Los realistas, por ello, no se preocuparon de una forma relevante de la cuestión relativa a la conceptualización del Derecho²¹⁹. Huyen de toda generalización y de los análisis conceptuales, cuestionando, precisamente, las construcciones teóricas y dogmáticas. Llewellyn, en esta línea, afirmaba:

"Un concepto, como yo lo entiendo, se construye para un objetivo. Es una herramienta de pensamiento. Una herramienta para que nuestros datos sean más manejables cuando se hace algo con ellos. Y aún no he sabido ni oído de la tarea para la cual resulten inmediatamente relevantes todos los datos que se asocian con el más impreciso de los símbolos sugerentes, el "derecho"... Así que no voy a intentar dar una defi-

²¹⁹ CASANOVAS, P. "El realismo jurídico norteamericano. Introducción". *El ámbito de lo jurídico*. Crítica. Barcelona. Barcelona. 2000. Pág. 235.

nición de derecho... No voy a escribir una periferia, un lugar de parada, una barrera. En su lugar, voy a centrar mi atención en el enfoque (*focus*) de todo lo que cuenta como derecho (*all matters legal*)..."²²⁰

Lo importante para este movimiento sería la práctica del Derecho y sus efectos y consecuencias: el Derecho es analizado como un fenómeno dinámico, como un fenómeno en movimiento compuesto por procedimientos de creación, interpretación y aplicación de reglas. Frank y Llewellyn consideraban que el Derecho sólo estaba integrado por las decisiones de los tribunales, pero no por las reglas. En este sentido, para Frank²²¹: "El Derecho consiste en decisiones y predicciones de futuras decisiones, no en reglas. Si es así, cada vez que un juez decide un caso está creando Derecho." Según Llewellyn²²²: "Lo que los funcionarios hacen en relación con las disputas es, para mí, el Derecho mismo." El Derecho, pues, es concebido por Llewellyn como un complejo de estructuras de formas de conducta entrelazadas que presupone la existencia del orden social y que se plasma en forma de reglas. Tales estructuras de formas de conducta tienen como función contribuir a la integración de la sociedad²²³.

La definición de Derecho que Frank propone es la manifestación más explícita del intento realista por caracterizarlo en términos estrictamente fácticos, identificándolo con las decisiones concretas de los Tribunales:

"Para cualquier lego, el Derecho, con respecto a cualquier conjunto particular de hechos, es una decisión de un tribunal relativa a tales hechos en la medida en que tal decisión afecta a esa persona particular. Hasta que un tribunal haya juzgado aquellos hechos ningún derecho sobre esa materia existe aún. Antes de tal decisión, el único Derecho disponible es la opinión de los abogados en cuanto al Derecho relativo a

²²⁰ LLEWELLYN, K.N. "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso." *El ámbito de lo jurídico*. Crítica. Barcelona. 2000. Págs. 244-246. En general, se posiciona en contra de toda clasificación dogmática: "Clasificar es perturbar. Es construir énfasis, crear acentos, que oscurecen alguno de los datos bajo observación y que otorgan un valor ficticio a otros..." Pág. 268 del mismo texto.

²²¹ FRANK, J. *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, Mass. (reim. de la ed. de 1963; 1ª ed. de 1930). Cit. por LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 135, 138.

²²² LLEWELLYN, K.N. *The Bramble Bush. On our Law and its Study*. Oceana Publications, Inc. New York. Londres y Roma (reim. de la ed. de 1951). Pág. 3. Cit. por LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Pág. 101.

²²³ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 142.

aquella persona y aquellos hechos. Tal opinión no es realmente Derecho, sino solamente un vaticinio en cuanto a lo que un Tribunal decidirá. El Derecho, entonces, respecto a una situación dada es, bien (a) un derecho real, es decir, una decisión específica en el pasado relativa a esa situación, o (b) un derecho probable, es decir, un vaticinio relativo a una decisión específica en el futuro."²²⁴

La concepción del Derecho a la que acuden los realistas muestra, en suma, la opción metodológica que desarrollaron estos autores en su estudio del Derecho, que implicaba la selección deliberada de un aspecto parcial de la experiencia jurídica, la aplicación judicial de las normas jurídicas vistas a la luz de sus efectos prácticos, es decir, desde la perspectiva del abogado y de las necesidades de los clientes que lo contratan. El Derecho es analizado desde el enfoque del *bad man* holmesiano:

"Si quieres conocer lo que es el Derecho y nada más que el Derecho, debes mirarlo como lo haría un hombre malo a quien sólo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir..."²²⁵

7.3. Fuentes del Derecho.

7.3.1. La Constitución.

Partiendo de la consideración de que los realistas se muestran sumamente escépticos en cuanto al valor que las normas que conforman el sistema jurídico mantienen en los procesos de interpretación y de que entienden que los jueces -al interpretar- siempre crean Derecho, estos autores consideran que las proposiciones constitucionales puras carecen de valor de verdad, ya que se refieren a la supuesta existencia de significados atribuidos a las formulaciones normativas constitucionales y esos significados no existen.

Por tanto, nunca existe una respuesta correcta en casos de relevancia constitucional. Los tribunales, no obstante, no se equivocan al establecer los deberes y derechos

²²⁴ FRANK, J. *Law and the Modern Mind*. Peter Smith. Gloucester. 1970. Pág. 50-51. Cit. por SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs.86.

²²⁵ HOLMES, O.W. *La senda del Derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2012. Pág. 58.

constitucionales, dado que, como hemos referido, los tribunales siempre crean Derecho, no lo aplican meramente²²⁶.

En suma, el realismo muestra un gran recelo sobre la relevancia y repercusión que la Constitución asume en el Derecho y, más concretamente, en la actividad jurisdiccional.

7.3.2. Otras fuentes del Derecho.

Si bien los autores realistas reconocen la existencia y vigencia de las normas que conforman un sistema jurídico, así como los principios y los precedentes judiciales, su centro de investigación jurídica pasa desde las normas a las decisiones judiciales, potenciándose un enfoque jurídico decisonal. Sólo se recurre al examen de las normas jurídicas para analizar en qué medida las mismas pueden influir en la toma de las decisiones²²⁷. En consecuencia, no construyen una completa teoría sobre las fuentes del Derecho.

El recelo que muestran sobre la auténtica eficacia de las normas positivas, los precedentes y los principios se refleja en la distinción que efectúa Llewellyn -y que ya con anterioridad delimitó Pound- entre *law in books* y *law in action*, es decir, entre las reglas y derechos auténticos (*real rules and right*) y las reglas y derechos sobre el papel (*paper rules and rights*). Los primeros estarían concebidos en términos de conducta, siendo descriptivos. Los segundos serían lo que, tradicionalmente, se han denominado como reglas de Derecho, lo que los códigos dicen que es el Derecho. Las reglas sobre el papel o meramente formales serían desdeñadas desde esta posición doctrinal, pues la formulación doctrinal de las normas es concebida como un mero instrumento, como un medio sin significado y sin valor intrínseco, como un elemento en un complejo de prácticas e instituciones sin cuyo estudio no significan nada. Las reglas orientan la decisión judicial, pero no la imponen²²⁸. La atención de estos autores realistas se centraría, así, en las reglas reales o auténticas, es decir, en el modo efectivo en el que los jueces y juristas utilizan e

²²⁶ MORESO, J.J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. Pág. 187.

²²⁷ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs. 90-92.

²²⁸ LLEWELLYN, K.N. "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso." *El ámbito de lo jurídico*. Crítica. Barcelona. Barcelona. 2000. Págs. 262 y 267.

interpretan las reglas formales y a las técnicas de desarrollo y aplicación de éstas, a las que se las considera como parte integrante del propio Derecho.

Por ello, la definición del Derecho sostenida por estos autores recurre insistentemente al contenido y a las consecuencias prácticas de las decisiones de los Tribunales. En palabras de Holmes:

"¿Qué es el Derecho? Encontraréis algunos autores que os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema racional, que es el resultado de una deducción a partir de ciertos principios éticos o axiomas aceptados o algo similar, que puede coincidir o no con las decisiones judiciales. Pero, si adoptamos el punto de vista del hombre malo, veremos que a él no le importan en absoluto los axiomas ni las deducciones y que lo que quiere saber es lo que los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra probablemente harán en realidad. Yo estoy muy de acuerdo con él. Las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho."²²⁹

Dada la pluralidad de autores realistas que conformaron este movimiento, en el estudio del mismo nos centraremos en las obras de dos de sus máximos exponentes: Jerome Frank y Karl N. Llewellyn.

7.4. Interpretación jurídica.

Los autores realistas resaltan tanto el papel limitado que desempeñan las reglas y los conceptos jurídicos tradicionales en el proceso de toma de decisión del juez como la subjetividad que existe en la valoración de la prueba, así como la difícil diferenciación, en la práctica jurisdiccional, de estos dos ámbitos. Surgen desde el realismo, de esta forma, dos tipos de objeciones al positivismo más tradicional: unas fundadas en el valor secundario de las reglas; otras se centran en la relatividad de la valoración probatoria que desarrollan los jueces. Nos referiremos brevemente a las dos, calificando la primera como el escepticismo hacia las reglas (*rule skepticism*) y a la segunda como el escepticismo hacia los hechos (*fact skepticism*), según las expresiones que utilizó el jurista Frank en el prefacio de la sexta edición de su obra *Law and the Modern Mind*²³⁰.

²²⁹ HOLMES, O.W. *La senda del Derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2012. Págs. 59, 60.

²³⁰ Mass (reimp. de la ed. de 1963). Gloucester. 1970. Cit. por SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 194.

A. El escepticismo ante las reglas (*rule skepticism*).

Los autores realistas fundamentan sus posiciones teóricas en la premisa normativa del razonamiento judicial. Así, mantienen que las reglas deben ser consideradas un factor secundario a la hora de determinar las decisiones que tomarán los jueces. No son las normas, por tanto, ni el único ni el principal factor en la toma de las decisiones. La premisa normativa que justifica las decisiones judiciales no preexiste a la decisión judicial, sino que es, en cierta medida, creada por el juez. Por tanto, ni la norma legislada ni el precedente actúan directamente como premisa mayor del razonamiento jurídico, dado que requieren una reformulación, una recreación, que constituiría una parte determinante de toda tarea interpretativa.

Por ello, Llewellyn indica que las reglas de Derecho sustantivo son mucho menos importantes de lo que la mayoría de los teóricos del Derecho han supuesto en la mayor parte de sus escritos y de su pensamiento, no siendo el centro de referencia más útil para la discusión jurídica. Las reglas y los derechos sustantivos deben ser alejados, para Llewellyn, de su posición actual en el enfoque de la discusión jurídica, en beneficio del área de contacto entre la conducta judicial (u oficial) y la conducta del hombre de la calle. Las reglas y derechos sustantivos deberían ser estudiados, en suma, no como existentes por sí mismos (*self-existent*) ni como el mayor punto de referencia, sino en referencia permanente a este área de interacciones (*behaviour-contacts*).

La premisa jurídica mantiene ciertas peculiaridades, para Llewellyn, según nos encontremos ante un precedente jurisprudencial (*precedent*) o ante una regla del Derecho positivo (*statutes*)²³¹.

En el primer caso, la causa generadora de la indeterminación es la incertidumbre acerca de la regla que debe aplicarse, la propia concreción de la regla. Llewellyn, en este sentido, distingue dos doctrinas en la aplicación de los precedentes, en las que se entroncan de forma relevante las cuestiones jurídicas con las fácticas de forma inevitable: la doctrina ortodoxa (a la que se recurre cuando se pretende inaplicar un precedente) y la amplia o *loose view* (para conseguir la aplicación de un precedente determinado). La pri-

²³¹ Según detalla LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 98-141.

mera supone que, si bien cada caso establece una regla expresada en su *ratio decidendi*, un tribunal, posteriormente, puede apartarse de aquélla a través del reexamen de los hechos apreciados en el supuesto enjuiciado (por considerar que los hechos difieren, aunque sea someramente, de los del precedente) o por cuestiones procedimentales. Esta doctrina permite negar la condición de precedente a aquél cuya aplicación al caso presente produciría resultados considerados indeseables.

La segunda doctrina relativa al uso de los precedentes postula un uso del tenor literal del lenguaje de decisiones pasadas sin referencia alguna a los hechos del supuesto del que dimanó su doctrina, lo que facilitaría la extensión de la aplicación de un precedente a nuevos supuestos enjuiciados. Permite, por tanto, aprovechar precedentes convenientes²³².

El realismo, de esta forma, resalta el amplio margen de manipulación de los precedentes que la doctrina de la *ratio decidendi* permite al juez posterior encargado de su determinación, dado que un mismo precedente podría permitir a aquél el dictado de sentencias dispares, al concretar de diferente forma el núcleo de la *ratio* que contiene un precedente previo. La comparación de los diferentes casos (el enjuiciado y el contenido en el precedente) constituye, así, desde la perspectiva realista, un proceso esencialmente legislativo (creativo) que se desarrolla mediante un razonamiento analógico, flexible y dinámico, en el que se emplean juicios de valor dirigidos a determinar las similitudes y diferencias entre los distintos supuestos examinados. De esta forma, el ámbito de la aplicación de las *ratio decidendi* de los precedentes es constantemente redefinido por los órganos jurisdiccionales, proceso en el que tienen una gran relevancia nociones de naturaleza política (*policy*) que, normalmente, permanecen ocultos²³³.

Por tanto, la discrecionalidad judicial estaría presente de forma muy determinante, en la mera selección y fijación de la regla contenida en los precedentes, provocada por diversos factores: la flexibilidad en la apreciación de los hechos enjuiciados, por la falta

²³² Esta idea, que atribuye a los precedentes un contenido mínimo y otro máximo, fue tomada por Llewellyn de Cardozo ("New York jurisprudence". *State Bar Association Report*. 1932. Págs. 278, 293). Cit. por SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 285.

²³³ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs. 130, 136.

de formas verbales fijas en la formulación de la premisa normativa y por el conjunto de técnicas a las que pueden recurrir los jueces para seleccionar la norma aplicable a partir de casos previamente decididos (*distinguishing, overruling, ...*).

En el supuesto de que nos encontremos ante la aplicación de una regla de Derecho positivo (*statutes*), a juicio de Llewellyn, también existiría un amplio margen de discrecionalidad judicial en su proceso de selección por diversos motivos: la vaguedad y ambigüedad de las expresiones de la ley (la indeterminación semántica de las normas y los conceptos que las mismas incluyen), la indeterminación del objetivo perseguido por la ley, la dificultad de reconciliar la ley con el cuerpo principal del Derecho, por la existencia de lagunas y, principalmente, por la dificultad de calificar las situaciones de hecho particulares (la inconsistencia del Derecho, que permitiría justificar tanto una decisión como la contraria, en base a diferentes reglas existentes en un mismo sistema). Por todo ello, los jueces han de reformular y reconstruir, en cierto sentido, las reglas integradas en el Derecho.

La libertad que los jueces mantienen tanto en lo concerniente a la selección de la norma aplicable como a su reconstrucción o reformulación conformaría el propio objeto de la interpretación jurídica, constituyendo, a su vez, para Llewellyn, la causa principal de la discrecionalidad judicial²³⁴. La función jurisdiccional, por tanto, no se limitaría a una mera interpretación de las normas, sino que constituiría un proceso de auténtica creación libre de la norma aplicable²³⁵ que no podría estar determinado totalmente por el recurso a los cánones hermenéuticos (que suelen presentarse por parejas de opuestos) ni por opera-

²³⁴ En la doctrina española mantiene una posición similar Nieto, quien afirma: "... el desarrollo que hace el juez (de la norma) ya no es tendencialmente el único posible, puesto que caben lógicamente varios y el juez escoge el que le parece más plausible o más útil en un acto fuertemente coloreado de voluntarismo o, más precisamente todavía, que cae dentro del arbitrio judicial... la ley no es obra del legislador ni permanece invariable, sino que desde el primer momento se lanzan sobre ella los otros Poderes -el ejecutivo y el judicial- y la desfiguran, a veces, tan sustancialmente, que la hacen irreconocible... el juez no aplica desde fuera la ley y para un caso concreto, sino que se mete dentro del texto, lo manipula y, además, tendencialmente, lo hace con carácter general y para uso futuro y constante". NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona. 2000. Págs. 102, 103, 104.

²³⁵ Como destaca Serra Cristóbal, el importante papel que el juez norteamericano ha desempeñado en la interpretación y creación del Derecho -al amparo de la influencia de las teorías jurídicas desarrolladas por, entre otros, el movimiento realista- ha justificado que en el ámbito de los Estados Unidos haya arraigado más un sistema de elección de jueces con participación popular. SERRA CRISTÓBAL, R. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Thomson Reuters. Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2011. Pág. 38.

ciones lógico deductivas, aunque estaría parcialmente condicionado por la formulación previa de las normas o reglas a aplicar.

Esta reformulación de las reglas jurídicas formales se ha de realizar, para Llewellyn, desde un punto de vista sociológico, considerando los casos prácticos que han servido como base empírica para la construcción de la regla, los cuales han de ser seleccionados no sólo por su simple concordancia con los precedentes preexistentes, sino también en función de los efectos sociales y políticos que tendría la decisión que se adoptara²³⁶.

Llewellyn, por tanto, contempló con suma desconfianza el lenguaje empleado en la enunciación de las reglas o normas formales. La mera forma de las palabras en que consisten las reglas jurídicas no aportaría nada a su significado. Cualquier estudio formal de aquellas lo considera inútil, al exigir las mismas, a su juicio, un estudio desde una perspectiva sociológica. El lenguaje es considerado por él como una herramienta al servicio de resultados prácticos, que ha de ser ligado a una clase de conocimiento científico, concretamente, a la ciencia social empírica y funcionalista, que es la que ha de informar sobre la mayor o menor capacidad del lenguaje jurídico para convertirse en hechos prácticos. Al mismo tiempo, la ciencia social debe ser la encargada de dictar los cambios que el instrumento lingüístico ha de sufrir, hasta el punto de decretar los significados de reglas y conceptos. El uso que se hace de las reglas jurídicas, por tanto, es determinante en la dilucidación de su significado, que queda independizado de la estructura gramatical y lógica de aquéllas. Para Llewellyn, la práctica debía ser, de hecho, la fuente última de significado jurídico²³⁷.

Frank, en una línea similar, consideró que las reglas jurídicas no limitaban las posibilidades de resolución de los jueces, cuyas decisiones pueden, incluso, llegar a ser contradictorias entre sí e igualmente justificables con referencia a similares normas. Por ello, éstas no pueden servir como criterios fiables de predicción de las resoluciones judiciales. Las normas jurídicas, en suma, son incapaces por sí solas de prever una justificación suficiente de la decisión judicial, en la medida en que el proceso de decisión exige afrontar

²³⁶ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 217.

²³⁷ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Págs. 106, 203.

una serie de elecciones no predeterminadas normativamente y que sólo pueden justificarse en virtud de valoraciones de política jurídica. Las normas y los principios jurídicos, por ello, si bien serían para este autor uno de los principales factores en juego que intervienen en la adopción de la decisión final, no pueden llegar a funcionar como guías o criterios fiables de predicción de las futuras sentencias. Sólo serían, para Frank, "guías generales que deben ser ajustadas a las circunstancias particulares de cada caso"²³⁸. De forma que cuanto más general o abstracto sea el concepto de partida contenido en la premisa normativa (principio o norma), mayor flexibilidad e indeterminación resultará en sus aplicaciones particulares, aumentando, así, la posibilidad de adoptar decisiones dispares.

Por ello, Frank concibió la interpretación jurídica como una tarea esencialmente creativa: el juez desarrolla un poder delegado para determinar el alcance de los conceptos contenidos en la norma legislativa y debe ser capaz de instrumentar en el campo del Derecho judicial nuevas soluciones jurídicas, utilizando las normas y abstracciones jurídicas con la consciencia de que no debe tolerarse que produzcan resultados injustos en el caso particular y que deben ser moldeadas para la persecución de aquellos objetivos equitativos para cuya promoción fueron diseñadas. Se potencia, de esta forma, un activismo judicial para la búsqueda de soluciones a los problemas sociales²³⁹.

El *rule skepticism*, así, sostiene que las normas jurídicas y los métodos de argumentación jurídica padecen indeterminación por cuanto se muestran incapaces por sí solos de garantizar una respuesta jurídica determinada y unívoca, lo que posibilita que distintos operadores, manejando idéntico material y método jurídico, puedan coherentemente justificar distintas soluciones. No trata este movimiento, por tanto, de negar toda influencia de las normas jurídicas en el proceso decisorio, sino de cuestionar que éstas sean la única causa lógicamente determinante de las resoluciones judiciales, con exclusión de otro tipo de factores.

²³⁸ FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. Distribuciones Fontamara SA. México. Pág. 107.

²³⁹ No obstante, Frank también reconoció las limitaciones a las que debía quedar sujeto todo juez al interpretar el Derecho vigente, pues admitió el carácter vinculante de las decisiones previas de los tribunales jerárquicamente superiores y la posibilidad de que esta vinculación cercenara la potestad legislativa que este autor atribuye al juez. Rechazó, en suma, la utilización de medios ilegítimos y disimulados para eludir la voluntad nítida del legislador o de un tribunal superior y sustituirla por la propia.

No obstante, para Frank, y en contraste con Llewellyn, la clave determinante de los procesos decisorios no se halla tanto en determinadas fuerzas homogéneas de carácter político, económico, moral, etc... que funcionan soterradamente en el medio ambiente social y profesional de los jueces, cuanto en determinados rasgos psicológicos, predisposiciones y prejuicios singulares del juez individual específico. Estos rasgos idiosincrásicos de la personalidad del juez particular llegan a constituir, para Frank, el factor pivotal de la administración de justicia²⁴⁰.

B. El escepticismo ante los hechos (*fact eskepticism*).

Algunos autores realistas, como Frank, incidieron en la dificultad y los problemas a los que se enfrentan los jueces al concretar la premisa fáctica del razonamiento, pues los hechos que constituyen la misma no son sino aquellos que el Tribunal competente señala como tales, independientemente de su correspondencia o no con los hechos realmente acaecidos. Para Frank, el proceso a través del cual los jueces fijan los hechos probados, que tiene un carácter esencialmente constitutivo, está cargado de subjetividad y de diferentes condicionantes y obstáculos. Resalta, de esta forma, la enorme subjetividad que, a su juicio, existe en la valoración de la prueba²⁴¹.

Para este autor, las principales cuestiones que se plantean ante los Tribunales y que ocupan su actividad no son cuestiones normativas, sino, esencialmente, las discrepancias sobre los hechos, que pueden estar causadas por varios motivos: las dudas sobre la veracidad de los testigos, el tecnicismo que rodea la prueba ante el jurado, la influencia de

²⁴⁰ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs.142 y sigs.

²⁴¹ En la doctrina española también Nieto ha mostrado la subjetividad existente en la valoración de la prueba, la selección de los hechos jurídicamente relevantes y en el difícil deslinde entre lo jurídico y lo fáctico en las resoluciones judiciales: "El hecho natural, el hecho bruto sobre el que inicialmente fija la mirada el juez se metamorfosea a lo largo del proceso hasta aparecer en la sentencia como un hecho jurídico -hijo al tiempo de la naturaleza y de la norma - en el que de ordinario resulta ya imposible separa lo que es hecho y lo que es Derecho... En el procedimiento judicial se da por supuesto que el juez primero determina los hechos y luego busca la norma idónea bajo la cual ha de subsumirlos. Tal es cabalmente -como se ha indicado- el orden en el que ha de redactarse la sentencia. Las cosas, sin embargo, no funcionan de esta manera, ya que la indagación de los hechos y la búsqueda de la norma son operaciones simultáneas que obligan al juez a contemplar los hechos y las normas al mismo tiempo, acercando unos a otras como se estiran los fragmentos de una cuerda rota si se quiere anudarlos." NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona. 2000. Págs. 83, 86.

estándares valorativos, etc²⁴². A su juicio, por todo ello, es imposible predecir las decisiones judiciales, debido al carácter evasivo de los hechos sobre los que giran tales decisiones.

Y si bien Frank valoraba como positiva la indeterminación normativa, que consideraba como inevitable y deseable, al posibilitar su adaptación a las nuevas circunstancias, la indeterminación en la fijación de los hechos constituye, a su entender, un mal a combatir por los graves problemas de justicia que plantea. Por ello, se debía reducir la incerteza en este ámbito al mínimo posible²⁴³. El objetivo de su teoría es, por tanto, mostrar, en primer lugar, que los hechos fijados en las resoluciones judiciales como probados son el resultado de un proceso de reconstrucción desarrollado por el juez o el jurado y, en segunda instancia, reflejar los obstáculos, tanto de origen epistemológico como procesal, que dificultan la plena racionalidad del proceso aludido de fijación de la premisa fáctica del razonamiento jurídico.

Para Frank, las principales dificultades a las que se enfrenta el juez (de primera instancia) para la concreción y fijación de los hechos probados estarían constituidas por las limitaciones de las manifestaciones de los testigos, la valoración crítica que de las mismas ha de desarrollar el juez, los términos en los que los jueces despliegan las inferencias y presunciones y, asimismo, por la selección definitiva de los hechos que los jueces configuran al precisar los que son jurídicamente relevantes, lo que conlleva una nueva selección del material fáctico aportado al proceso. La norma, por tanto, suministra al juzgador una determinada perspectiva de observación, un enfoque, un particular foco a la luz del cual adquieren su auténtico relieve jurídico los distintos aspectos de la realidad introducidos en la sala de justicia. De forma que los hechos fijados por el juez como realmente acaecidos han de ser seleccionados e interpretados jurídicamente a la luz de determinadas exigencias normativas. Frank resalta, además, que este último proceso, en el que se entremezclan elementos jurídicos y fácticos, no es lineal o sucesivo (es decir, no se fijan

²⁴² Frank también menciona otros factores más casuísticos, como los testigos que no comparecen, los documentos extraviados la habilidad o ineptitud del abogado que representa a una u otra de las partes o la capacidad o incapacidad de los litigantes para afrontar los gastos que deben hacerse para obtener pruebas. FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. Distribuciones Fontamara SA. México. Pág. 48.

²⁴³ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs. 210, 216.

primero los hechos probados y después se delimitan los jurídicamente relevantes), sino que las operaciones que lo conforman constituyen un único proceso²⁴⁴:

"El juez de primera instancia, cuando da publicidad a una explicación de su sentencia, pretende seguir la teoría convencional y se torna analítico, lógico. Él disocia, separa los hechos que determina de la norma jurídica que, según expresa, aplica a esos hechos. De esa manera busca justificar su sentencia como un producto lógico. Pero un juez, al dar forma a su explicación, con frecuencia, trabaja hacia atrás; comienza con la decisión que -como consecuencia de su reacción intuitiva compuesta- estima prudente o justa. Luego determina los hechos de tal modo que, subsumidos bajo una norma jurídica aceptada, hacen aparecer esa decisión como lógica y jurídicamente fundada. Es en este esfuerzo racionalizante donde puede ocurrir esa manipulación de los hechos, usualmente inconsciente o semiconsciente..."²⁴⁵

En suma, la concreción de los hechos probados atribuye a los jueces un amplio ámbito de discrecionalidad en la concreción de la premisa fáctica del razonamiento, que no había sido reconocido por otras teorías. Esta discrecionalidad, para Frank se centraría en dos actividades diferentes que desarrollan estos cuando determinan los hechos. Una primera, consistente en establecer si ocurrieron o no ciertos acontecimientos en el pasado, que la denomina la "prueba de los hechos" y cuya concreción correspondería, esencialmente, a los jueces de la primera instancia, y otra segunda, que denomina "interpretación de los hechos", y que tiene como objeto extraer qué sector de los acontecimientos establecidos es relevante jurídicamente, de conformidad con la norma que es aplicable. Ésta última actividad también podría atribuirse a los Tribunales de la segunda instancia²⁴⁶.

7.5. Discrecionalidad.

Todo lo expuesto en relación con la interpretación jurídica refleja, en suma, el amplio margen de discrecionalidad que los realistas reconocen a la decisión judicial. Desde una perspectiva jurídica, porque parten de la consideración de que las reglas, debido a su ambigüedad, no ofrecen una solución unívoca, siendo el juez el que, reconstruyendo la norma aplicable, establece la premisa mayor del esquema argumentativo. La clave de la

²⁴⁴ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs. 234-242.

²⁴⁵ FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. Distribuciones Fontamara SA. México. Pág. 92.

²⁴⁶ FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. Distribuciones Fontamara SA. México. Pág. 79.

corrección de una decisión judicial, para Llewellyn, se encontraba en que, al tiempo que da satisfacción a una necesidad (en referencia a las exigencias de justicia y de política concreta), respetara, en lo posible, la continuidad con el Derecho existente²⁴⁷.

Así, en el supuesto de que nos encontremos ante la aplicación de una regla de Derecho positivo (*statutes*) la discrecionalidad se originaría, como ya se ha aludido, por diversos motivos: la vaguedad y ambigüedad de las expresiones de la ley, la indeterminación del objetivo perseguido por la misma, por la existencia de lagunas y, principalmente, por la dificultad de calificar las situaciones de hecho particulares. En el supuesto de que estemos ante la presencia de un precedente la discrecionalidad tendría su origen en la flexibilidad en la apreciación de los hechos enjuiciados, la falta de formas verbales fijas en la formulación de la premisa normativa y por el conjunto de técnicas a las que pueden recurrir los jueces para seleccionar la norma aplicable a partir de casos previamente decididos (*distinguishing, overruling, ...*).

Desde otra perspectiva, más vinculada a la valoración de la prueba, también los realistas sostienen que es en el momento de la concreción y delimitación de los hechos probados y jurídicamente relevantes para la resolución del caso cuando los jueces muestran su discrecionalidad:

"A menos que los hechos sean indisputados, la aplicación de una norma jurídica, por fija y precisa que ésta sea, requiere una determinación judicial de los hechos, esto es, una creencia judicial sobre los hechos expresada o supuesta. Cuando el tribunal de primera instancia, para llegar a tal determinación tiene que pronunciarse sobre la credibilidad de testigos que deponen oralmente y discrepan entre sí debe hacer una selección (real o supuesta) de los testigos que deben ser creídos. La selección por un tribunal de primera instancia de los testigos que deben ser creídos es nada más ni nada menos que el ejercicio de una facultad discrecional."²⁴⁸

Incluso, la indeterminación en la concreción de los hechos que se infieren de la prueba practicada otorga a los jueces una discrecionalidad que es, aún, más amplia que la motivada por cuestiones estrictamente jurídicas, por dos razones. La primera, porque no es una materia muy limitable a través de reglas jurídicas. Y la segunda, porque es difícil-

²⁴⁷ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 316.

²⁴⁸ FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. Distribuciones Fontamara SA. México. Pág. 75.

mente fiscalizable por los tribunales superiores, al carecer de la inmediación de la que disponen los tribunales de primera instancia.

En todo caso, estas diferentes perspectivas en el enfoque de la discrecionalidad también muestran una distinta valoración de la misma. Así, mientras que, para Frank, la indeterminación en la fijación de los hechos constituye, a su entender, un mal a combatir por los graves problemas de justicia que plantea, sí sería para él positiva la indeterminación de las definiciones y conceptos, pues permite al juez adaptarse mejor a las peculiaridades de cada caso y buscar la resolución justa del mismo mediante una cualificación de las exigencias generales de la norma o mediante la distinción del precedente. Para este autor, los aspectos cambiantes y problemáticos de la realidad sólo pueden ser captados por un lenguaje abierto, pues un cierto grado de indeterminación es la condición que posibilita la adaptación del lenguaje a tales circunstancias y el mantenimiento de su aliento vital. El juez, por ello, ha de explorar de forma consciente e imaginativa los recursos que proporciona el necesario carácter abierto y tensivo de gran parte del lenguaje. La vaguedad del mismo no puede considerarse, a juicio de Frank, un mal a combatir o a aislar, pues los márgenes de indeterminación lingüística pueden constituir en manos de un juez inteligente un elemento fundamental de dinamismo jurídico que contribuye positivamente a la realización del carácter esencialmente mutable del Derecho. Incluso, el excesivo interés del juez por convertirse en legislador en la formulación de precedentes puede resultar, a criterio de Frank, impredecible y convertirse en injusticia en el caso posterior que se juzga, pues la tarea del juez no es tanto la de formular una norma que aplicar a inciertos supuestos futuros cuanto la de decidir casos particulares, reales y presentes²⁴⁹.

En cambio, para Llewellyn la discrecionalidad generada en la interpretación de las reglas y conceptos debe ser reducida y delimitada. Para ello, se podía recurrir, entre otros criterios, a los objetivos pretendidos en la aplicación de las normas: las leyes han de interpretarse a la luz de su propósito y conforme a su razón y su sentido, que puede no coincidir con la intención original del legislador, sobre todo cuando nos encontremos ante

²⁴⁹ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs. 180, 188.

situaciones no previstas, inicialmente, por el aquél²⁵⁰. Llewellyn, de esta forma, otorgó especial relevancia al criterio finalista (la interpretación finalista), al considerar que los objetivos de las reglas constituyen, a su juicio, el instrumento interpretativo fundamental, al permitir adaptar las reglas vigentes a un determinado contexto social e histórico.

En esta línea, Llewellyn también propuso la formulación de reglas (en sentido formal) que, aunque fueran menos precisas en cuanto a la descripción del supuesto de hecho, contuvieran una indicación expresa de la razón de la regla; reglas que explicitaran el principio que las animara, con el objeto de lograr un efecto de apertura: que la regla siga orientando bajo condiciones nuevas, permitiendo a los operadores jurídicos resolver de manera satisfactoria cuestiones planteadas a raíz de la producción de nuevos hechos. Para él, la calidad en la formulación de las reglas jurídicas favorecería, en suma, la calculabilidad de las decisiones judiciales²⁵¹.

Con independencia de la valoración que de la discrecionalidad atribuyen los autores realistas, los mismos entendían que la misma debía desarrollarse, en todo caso, con el objetivo de lograr una solución más adecuada y justa al caso concreto enjuiciado, fomentándose de esta forma, en la medida de lo posible, la evolución de la jurisprudencia y una interpretación del Derecho positivo acorde con las necesidades sociales y económicas.

El amplio margen de libertad que el realismo jurídico reconoce a los jueces en la adopción de sus decisiones, por el valor secundario que otorga a los factores jurídicos y la notoriedad que concede a los elementos sociológicos y psicológicos, se trasluce, asimismo, en la relevancia que dispensa al modelo de juez que propone. Frank, en este contexto, promovió un juez humanizado, honesto e inteligente, movido únicamente por el deseo de hacer justicia y conocedor de las realidades judiciales, que fuera capaz de desplegar una

²⁵⁰ Este punto también fue apuntado por Frank. Este criterio teleológico debe, incluso, prevalecer en su opinión sobre la interpretación literal, incluso, cuando el significado claro de los términos utilizados por el legislador sea contrario a aquella finalidad. FRANK, J. "A lawyer looks at language", en S.I. Hayakawa (ed.) *Language in action*. Harcourt Brace. New York. 1941. Pág. 330. Cit. por SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Pág. 169.

²⁵¹ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Págs. 219, 298, 305.

especial sensibilidad para la percepción de aspectos singulares de la realidad y para, en suma, ejercitar el poder discrecional del que dispone para la persecución de la solución más justa del supuesto individual²⁵².

7.6. Relación entre Derecho y Moral.

La relevancia de la Moral, desde la perspectiva de los autores realistas, vendría determinada por la notoriedad que, desde este movimiento, se otorga a la discrecionalidad judicial, en los términos anteriormente expuestos, pues los jueces podrían en la toma de decisiones fundamentar las mismas en base a sus concepciones morales o en función de determinados objetivos o criterios éticos. Se situaría a la moral, por tanto, en el ámbito del contexto del descubrimiento, el cual, aunque en numerosas ocasiones no se explicita, influye de forma notable en la adopción de las decisiones judiciales.

No obstante, la recomendación de los realistas de construir el significado de los conceptos jurídicos con la vista puesta en el ámbito de la política que se considerara aplicable a la situación que hubiera que enjuiciar, no fue acompañada por una teoría de la justicia a cuyos postulados debiera ajustarse el juez en el ejercicio de ese poder de individualizar y legislar, inherente a la función judicial²⁵³. Es decir, los realistas no construyeron una específica teoría de la justicia. Ciertamente, Frank reconoció su adhesión a ciertos principios fundamentales de justicia, tales como la búsqueda del bien común, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo, no matar, no robar o devolver los bienes robados, aunque el mismo autor admitió que estos principios son tan generales y flexibles que permiten diferentes aplicaciones concretas, dependiendo del momento histórico, el lugar y las circunstancias. A su entender, las opciones del juez deben, además de ser conscientes y públicas, estar basadas en una honesta estimación de los valores e ideales vigentes en la sociedad a la que sirven. Pero la inconcreción de estos valores y su concepción dinámica del pensamiento, que es concebido como una tarea incesante de formulación de propuestas tentati-

²⁵² Por ello, Frank insiste en poner de manifiesto la relevancia de la elección y formación de jueces íntegros, inteligentes y sensibles, que hagan frente abiertamente a sus responsabilidades como elemento primordial. SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs. 153, 270, 195.

²⁵³ SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 39.

vas, relativas y provisionales, resultan difícilmente conciliables con la fijación esquemática de una jerarquía objetiva de valores o fines a satisfacer²⁵⁴.

Como señala Lifante Vidal²⁵⁵, los autores que conforman este movimiento no desarrollaron de forma amplia los aspectos relativos a la Moral, de forma que no concretaron objetivos o criterios morales que deberían ser considerados como preferibles o adecuados para los juristas. En este punto los realistas se caracterizarían por mantener una ambivalencia entre el relativismo y el objetivismo ético (representado, fundamentalmente, por el utilitarismo) y, asimismo, por una excesiva dependencia de la moral positiva²⁵⁶.

7.7. Argumentación.

Los autores realistas sostienen, según se deduce de los términos en que conciben la interpretación jurídica, que la actividad aplicadora que llevan a cabo los formalistas, fundada en el silogismo y en la lógica deductiva, no explica de forma veraz los términos en los que se desarrolla la argumentación judicial²⁵⁷. Ya el juez Holmes, precursor del movimiento realista, se expresaba en estos términos:

"La falacia a la que me refiero es la idea de que la única fuerza que opera en el desarrollo del Derecho es la lógica... La formación de los abogados es una formación en lógica... El lenguaje de las decisiones judiciales es, fundamentalmente, el lenguaje de la lógica. Y la forma y el método lógicos satisfacen ese anhelo de certeza y de reposo que se halla en la mente humana. Pero la certeza, generalmente, es una ilusión y el reposo no es el destino del hombre..."²⁵⁸

²⁵⁴ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Págs.196, 198.

²⁵⁵ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Págs. 98-141.

²⁵⁶ LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Pág. 125.

²⁵⁷ Como hemos indicado con anterioridad respecto de otros postulados del realismo jurídico, similares posiciones han sido asumidas en la doctrina española por Nieto, al expresar: "... el llamado método lógico-subsuntivo demuestra ser inidóneo, y hasta irrealizable, y se revela como una simple dicción jurídica de raíz inequívocamente ideológica, de tal manera que el razonamiento judicial auténtico no es una subsunción sino ... un proceso de concreción que va desde la norma general a la regla del caso." NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona. 2000. Pág. 112.

²⁵⁸ HOLMES, O.W. *La senda del Derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2012. Pág. 68-69.

Las críticas a la concepción silogística realizada desde el realismo se dirigen no sólo a desafiar su virtualidad como adecuado esquema de descripción del proceso genético de toma de decisiones, sino, fundamentalmente, a impugnar su validez como esquema de justificación de las decisiones adoptadas. Los realistas, por tanto, refutan el postulado tradicional según el cual el razonamiento deductivo compele lógicamente al juez a la adopción de una determinada solución considerada como la única solución correcta y justificable desde los presupuestos normativos²⁵⁹. El silogismo, para los realistas, no representa el modo en que se produce el razonamiento, sino que sólo facilita su ulterior racionalización. Y ello porque tanto la premisa normativa como la premisa fáctica del silogismo no preexisten a la toma de decisión y no son dadas por el ordenamiento jurídico, sino que son construidas por el juez. Para Llewellyn:

"El análisis jurídico no es un medio para llegar a una conclusión, sino más bien un medio para justificar -como lo hace un abogado, como la hace el practicante de un oficio- una conclusión a la que ya se había llegado con otros fundamentos."²⁶⁰

Frank también constata las insuficiencias de la lógica formal:

"Las debilidades de la utilización de la lógica formal quedan ahora expuestas. El tribunal puede decidir de una u otra manera y en cualquiera de ellas puede hacer que su razonamiento parezca igualmente sin tacha. La lógica formal es lo que su nombre indica; trata con la forma y no con la sustancia. El silogismo no proporcionará la premisa mayor ni la menor. El comodín debe encontrarse en la selección de estas premisas. En la gran mayoría de los casos que llegan ante los tribunales, la selección de los principios y la determinación de si los hechos deben ser afirmados en términos de una u otra premisa menor son las principales tareas a realizar. Éstas son tareas difíciles, llenas de riesgos e incertidumbres, pero los riesgos y las incertidumbres son, generalmente, ocultos por el locuaz uso de la lógica formal."²⁶¹

Por tanto, para estos autores, una vez que los jueces adoptan una determinada decisión, la justifican exteriormente mediante la lógica deductiva y los cánones hermenéuti-

²⁵⁹ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Pág. 108.

²⁶⁰ LLEWELLYN, K.N. *The case law system in America*. University of Chicago Press. Chicago. 1989. Pág. 53-54. Cit. por SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 277.

²⁶¹ FRANK, J. *Law and the modern mind*. Peter Smith. Gloucester. 1970. Pág. 72. Cit. por SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Pág. 141.

cos. Los realistas, de esta forma, adoptan la idea, tomada de la psicología freudiana de la "racionalización" para explicar este aspecto del proceder de los jueces ("la teoría de la racionalización de las decisiones")²⁶².

Por ello, los realistas propugnan que todos los factores que, realmente, influyen en la toma de la decisión judicial sean incluidos en las resoluciones. Se potenciaría, así, que los jueces explicitaran en sus resoluciones elementos que, tradicionalmente, se han incluido en el contexto del descubrimiento (factores psicológicos, sociológicos u otros que influyen en aquéllas), en lugar de exponer sólo aquellos factores relativos al contexto de la justificación:

"...oímos de un juez que todo testigo que tiene orejas anormalmente grandes miente; otros jueces consideran embustero a un testigo que echa su cabeza hacia atrás o que se frota las manos o que desvía la mirada rápidamente... Si ese juez deja constancia en el expediente de que para decidir el caso ha usado una regla empírica tan absurda es probable que su fallo sea revocado. Pero es raro que un juez deje semejante constancia en el expediente. En verdad, la mayoría de esos prejuicios se encuentran subyacentes, desconocidos para el propio juez. De donde resulta que cuando ellos influyen su opinión sobre los hechos, el juez no está constreñido por ningún espíritu profesional o lealtad a su función. Y como todos estos prejuicios permanecen ocultos, él no teme que, al ser revocada su sentencia por tribunales superiores debido al impacto de esos prejuicios en sus decisiones, pierda prestigio profesional."²⁶³

Lo relevante, para estos autores, sería no tanto la justificación de las decisiones judiciales, sino cómo, de hecho, se llega a estas decisiones. Los realistas, por tanto, no niegan toda utilidad a la lógica, sino que postulan que la lógica jurídica opere como un expediente que suministre razones para discriminar entre diversas hipótesis o propuestas tentativas y para justificar decisiones que se originaron psicológicamente de manera fundamentalmente intuitiva²⁶⁴.

Todo lo expuesto implicaría, en suma, que para los autores realistas las cuestiones fácticas y jurídicas están íntimamente ligadas, no siendo posible deslindar nítidamente ambas facetas en las decisiones judiciales.

²⁶² SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 37.

²⁶³ FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. Distribuciones Fontamara SA. México. Pág. 58.

²⁶⁴ SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005. Pág. 265.

Desde la perspectiva material de la argumentación, el realismo otorga una gran relevancia de las razones extrajurídicas: ya sean de carácter sociológico o psíquico, pues las mismas condicionan de forma relevante el contenido de la decisión a adoptar, dado que los elementos jurídicos (normas, precedentes o principios) no pueden controlar completamente las operaciones mentales a realizar por el juez en el proceso de resolución jurídica de los conflictos, pues éste, en el curso de las tareas de elección e interpretación de la norma jurídica a aplicar, se encuentra abocado a afrontar elecciones de naturaleza extranormativa en las que sus propias convicciones o la realidad social condicionan la solución a adoptar.

7.8. Implicaciones del *fact eskepticism* y el *rule eskepticism* en el ejercicio de la función jurisdiccional.

7.8.1. Fuentes del Derecho.

Los autores realistas rechazan la construcción teórica de un cuerpo de conceptos jurídicos sistemáticamente elaborado. Huyen de toda generalización y de los análisis conceptuales, por lo que no se preocuparon de una forma relevante de la cuestión relativa a la conceptualización del Derecho.

No obstante, aunque no existe un análisis específico sobre esta cuestión en sus obras, los realistas, implícitamente, reconocen como fuentes formales del Derecho tanto las reglas que conforman lo que denominamos Derecho positivo como los principios y los precedentes de los Tribunales superiores. Pero, en todo caso, entienden que tales elementos estrictamente jurídicos sólo influyen o condicionan, como un factor más, los procesos de interpretación y argumentación de los jueces. Por eso, para el movimiento realista las proposiciones constitucionales puras carecen de valor de verdad.

En cambio, dedican una especial atención a la práctica del Derecho y a sus efectos y consecuencias: el Derecho es analizado como un fenómeno dinámico, como un fenómeno en movimiento, constantemente revisable, compuesto por procedimientos de creación, interpretación y aplicación de reglas. Es identificado, así, con las decisiones concretas de los Tribunales. Se intenta, de esta forma, estudiar los procesos a través de los cuales se adoptan las decisiones judiciales y analizar aquellos factores que influyen en la to-

ma de decisiones de los jueces. Entre estos, los autores realistas otorgan especial relevancia al contexto social y al psicológico del juez. Precisamente, por la influencia que ejercen estos elementos en los procesos de decisión de los jueces, los realistas conciben el Derecho como un medio para la consecución de fines sociales.

7.8.2. *Relación entre Derecho y Moral.*

La relevancia de la Moral, desde la perspectiva de los autores realistas, vendría determinada por la notoriedad que, desde este movimiento, se otorga a la discrecionalidad judicial, pues en el ejercicio de la misma promueven que el juez potencie determinados objetivos éticos o sociales.

No obstante, la recomendación de los realistas de construir el significado de los conceptos jurídicos con la vista puesta en el ámbito de la política que se considere aplicable a la situación que hay que enjuiciar, no fue acompañada por una teoría de la justicia a cuyos postulados debiera ajustarse el juez. De forma que, si bien los autores realistas postularon que los jueces optaran en sus resoluciones por interpretaciones que fueran favorecedoras de determinados objetivos sociales, morales y justos, que deberían ser considerados como preferibles o adecuados para los juristas, no precisaron cuáles debían ser esos objetivos o criterios.

7.8.3. *Interpretación jurídica.*

Los realistas muestran en sus obras la relatividad que mantienen en los procesos de interpretación las reglas (el Derecho positivo) y los conceptos jurídicos tradicionales.

Las reglas deben ser consideradas un factor secundario a la hora de determinar las decisiones que tomarán los jueces y no pueden funcionar como guías o criterios fiables de predicción de las futuras sentencias, puesto que no son las normas ni el único ni el principal factor en la toma de las decisiones. Y ello porque éstas se caracterizan por sus múltiples insuficiencias e indeterminaciones: su vaguedad y ambigüedad, la indeterminación del objetivo perseguido por la ley en la que se insertan, la dificultad de reconciliar la ley con el cuerpo principal del Derecho, por la existencia de lagunas y, en suma, por la creciente dificultad existente en la calificación jurídica de situaciones de hecho particulares.

Asimismo, cuando nos encontramos ante la presencia de un precedente, éste sería susceptible de ser interpretado de forma muy dispar, en función de la forma en la que el juez concrete la regla que hay contenida en él. Así, puede prescindir de un precedente por considerar que las peculiaridades del hecho enjuiciado no son similares a las del caso contemplado en el precedente (doctrina ortodoxa del precedente) o, al contrario, puede prescindir de un examen pormenorizado de las singularidades del supuesto analizado por el precedente para considerarlo aplicable al litigio que ha de resolver el juez (doctrina amplia del precedente). Desde el realismo jurídico, por tanto, aunque se concede valor al precedente, se le otorga un valor relativo, en la medida en que estará condicionado por la valoración que de las circunstancias del caso pondere el juez y, asimismo, por los objetivos que el mismo pretenda tutelar en el litigio en cuestión.

Los jueces, en consecuencia, han de reformular y reconstruir, en cierto sentido, las reglas integradas en el Derecho. Y esta actividad, tanto en lo concerniente a la selección de la norma aplicable como a su reconstrucción o reformulación, conformaría el propio objeto de la interpretación jurídica. Pero esta reconstrucción, que constituiría para los realistas una auténtica actividad creativa, no puede basarse en los clásicos cánones y criterios hermenéuticos, sino que, esencialmente, ha de venir condicionada por los efectos sociales y políticos de la decisión a adoptar. Por ello, el lenguaje es considerado como una mera herramienta al servicio de resultados prácticos, de forma que la reformulación de las reglas jurídicas formales se ha de realizar desde una perspectiva sociológica, en orden a conseguir una justa resolución del conflicto sometido a enjuiciamiento.

Todos estos postulados, en definitiva, suponen una subordinación de la seguridad jurídica al cumplimiento de determinados objetivos sociales o políticos, dado que condicionan de forma notable la previsibilidad de las decisiones judiciales.

7.8.4. Discrecionalidad judicial.

Los realistas, según se deduce de lo expuesto anteriormente, reconocen a los jueces un amplio margen de discrecionalidad. Desde una perspectiva jurídica, porque parten de la consideración de que, tanto las reglas y los principios como los precedentes, debido a su ambigüedad, no ofrecen una solución unívoca, siendo el juez el que, reconstruyendo la norma aplicable, establece la premisa mayor del esquema argumentativo. Las normas

jurídicas sólo constituirían guías generales que deben ser ajustadas a las circunstancias particulares de cada caso.

De forma que, cuanto más general o abstracto sea el concepto de partida contenido en la regla que constituye la premisa normativa, mayor flexibilidad e indeterminación resultará en sus aplicaciones particulares, aumentado así la posibilidad de adoptar decisiones dispares.

En lo concerniente a los precedentes, la comparación de los diferentes casos (el enjuiciado y el contenido en el precedente) constituiría, desde la perspectiva realista, un proceso legislativo-creativo destinado a determinar las similitudes y diferencias entre los distintos supuestos examinados, en el que la discrecionalidad judicial estaría presente de forma muy determinante, pues el posible recurso a las diversas técnicas a las que pueden recurrir los jueces para seleccionar la norma aplicable a partir de casos previamente decididos (*distinguishing, overruling, ...*) puede ampliar o reducir el ámbito de aplicación de un precedente concreto.

Desde otra perspectiva, más vinculada a la valoración de la prueba, también los realistas sostienen que los jueces muestran su discrecionalidad tanto en el momento de la concreción de los hechos probados ("la prueba de los hechos") como en el de la delimitación del sector de los acontecimientos considerados probados que es relevante jurídicamente, de conformidad con la norma que es aplicable a los jurídicamente relevantes para la resolución del caso ("la interpretación de los hechos").

Por todo ello, para los realistas, la premisa normativa que justifica las decisiones judiciales no preexiste a la decisión judicial, sino que es, en cierta medida, creada por el juez. Y en ese proceso de creación se entremezclan, necesariamente, elementos tanto fácticos como jurídicos.

En última instancia, los realistas proponen que el juez ha de valorar, para adoptar su decisión en el ejercicio de la discrecionalidad que le atribuyen, el propósito y la razón de la norma aplicable (el denominado criterio finalista o teleológico). Asimismo, se otorga especial relevancia a la ponderación de parámetros de política jurídica, con el objetivo de que la aplicación de la norma jurídica al caso particular no produzca resultados injus-

tos. Las normas han de ser moldeadas para la persecución de aquellos objetivos equitativos para cuya promoción fueron diseñadas. Se potencia, de esta forma, un activismo judicial para la búsqueda de soluciones a los problemas sociales.

7.8.5. Argumentación.

Desde una perspectiva formal, los autores realistas impugnan la validez del silogismo y de la lógica deductiva como esquemas y fundamentos de justificación de las decisiones adoptadas, al entender que los mismos no explican de forma veraz los términos en los que se desarrolla la argumentación judicial. El silogismo, para los realistas, no representa el modo en que se produce el razonamiento, sino que sólo facilita su ulterior racionalización. Y ello porque, a su juicio, tanto la premisa normativa como la premisa fáctica del silogismo no preexisten a la toma de decisión, sino que son construidas por el juez.

Desde la perspectiva material, los realistas promueven que las resoluciones judiciales expresen todos los factores y motivaciones que, realmente, han influido en la adopción de la decisión final, y que, tradicionalmente, se han incluido en el contexto del descubrimiento (factores psicológicos, sociológicos u otros que influyen en las decisiones), en lugar de exponer únicamente en sus resoluciones aquellos factores relativos al contexto de la justificación.

En última instancia, el movimiento realista otorga una gran relevancia a las razones extrajurídicas de naturaleza política, sociológica, moral o, incluso, psíquica, pues las mismas son las que condicionan y dirigen de forma relevante el proceso de interpretación y, en suma, el contenido de la decisión final a adoptar.

8. CONCLUSIONES.

La doctrina española, como se expuso en el capítulo precedente, no ha desarrollado una sólida y profunda investigación sobre el modelo de juez que postula al analizar los procesos de selectivos de la Carrera Judicial. Tampoco las propias instituciones competentes en el ámbito de la selección y formación de jueces han contribuido a ello, como se

ha trasluce en las coyunturales reformas legislativas que, en esta materia, se han sucedido en España. Por ello, con la intención de profundizar de una forma más sólida en los fundamentos jurídicos que han de sustentar la formación de los jueces, hemos configurado diferentes modelos de juez que se corresponden, a su vez, con diversas *concepciones del Derecho*, cada una de las cuales tiene su origen en teorías jurídicas del Derecho que sostienen posiciones divergentes en cuestiones básicas vinculadas con el Derecho y que, a su vez, implican un diferente enfoque de múltiples aspectos relevantes de la función jurisdiccional.

Las heterogéneas posiciones de las teorías y de las concepciones del Derecho que postulan conllevan consecuencias muy dispares en aspectos íntimamente asociados al contenido, directrices y límites de la función judicial. Así, en lo que respecta a las fuentes del Derecho, mientras que la Escuela de la Exégesis se centra exclusivamente en la ley, negando valor a cualesquiera otras fuentes, la teoría pura kelseniana reconoce eficacia a las leyes (desde una perspectiva material), la costumbre y la ordenanza reglamentaria, así como al precedente judicial, aunque mostraría una desconfianza notoria hacia los principios. El *soft positivism* hartiano admitiría, junto al Derecho positivo, la presencia de los principios, limitando la función de los mismos a constituir una referencia en el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Dworkin, en cambio, sitúa como eje de su teoría a los principios, que otorgan coherencia y fundamentan el Derecho. Reconoce como fuentes del Derecho tanto las reglas que conforman el Derecho positivo como los precedentes judiciales, junto a los principios y valores. El movimiento realista relativiza, en cambio, las construcciones teóricas y dogmáticas sobre las fuentes del Derecho, en la medida en que lo relevante para los autores que conforman esta corriente doctrinal es construir una teoría de la decisión judicial sobre la base de una sociología de la decisión judicial. El Derecho es un medio para la consecución de objetivos sociales.

La distinta valoración que cada teoría otorga a las fuentes del Derecho es consecuencia, en gran medida, de los diferentes términos en los que cada teoría concibe el Derecho y determina los criterios de validez del mismo. Así, la Exégesis lo define como un conjunto de leyes caracterizadas por su completitud. Kelsen lo califica como un sistema estructurado en el que sí existirían ciertas deficiencias (que no comprenderían las lagunas). Hart, también positivista, lo asume como un sistema al que reconoce una mayor

dosis de imperfección, admitiendo la existencia de lagunas. Dworkin, más centrado en una teoría de la argumentación, considera al Derecho como una práctica social compleja, cuya coherencia es suministrada por los principios y los valores.

En consonancia con ello, el positivismo más clásico asume criterios de validez con los que identificar lo jurídico meramente formales, los cuales sufren una evolución con Hart, al admitir éste la posibilidad de incluir en su regla de reconocimiento elementos de naturaleza material o moral. Dworkin, en cambio, compatibiliza los criterios de validez formales (reconociendo como Derecho al que surge de las instituciones del sistema institucional) con los materiales, en la medida en que desde su teoría es esencial la coherencia de lo jurídico con los principios y valores que fundamentan el Derecho. Los realistas, en contraste con las posiciones precedentes, identifican la validez con la eficacia de la norma. Todo ello, asimismo, matiza en términos relevantes el valor que desde cada posición dogmática se otorga a la Constitución y a los principios, valores y derechos que la misma reconoce.

Estas consideraciones se traslucen, a su vez, en los términos en los que cada teoría caracteriza la función judicial, más concretamente, la actividad interpretativa y argumentativa. La Exégesis simplifica los procesos interpretativos, en la medida en que propone la exclusión en aquellos de todo elemento que pudiera modificar el significado literal de los preceptos incluidos en los códigos o en la ley. Kelsen define la interpretación como un proceso a través del cual se establece el sentido de una previa norma, que presenta un momento de reproducción de ésta y que ha de respetar los límites (un marco) fijados y delimitados por la propia norma. Labor que, al gozar de una dimensión creativa, implica el reconocimiento de una cierta discrecionalidad judicial, la cual no puede sistematizarse, en la medida en que incluye aspectos meramente volitivos y subjetivos.

Hart, si bien asume postulados kelsenianos, como la discrecionalidad judicial y la necesidad de que los jueces creen Derecho, aporta mayores factores para su desarrollo, como los principios, y admite la necesidad de que la discreción se desarrolle también ante las lagunas del Derecho y ante los casos que denomina como *difíciles*, en los que las normas no aportan una respuesta nítida desde el Derecho al supuesto planteado.

Dworkin, en contraste con las teorías positivistas, propone un proceso interpretativo en el que, tras la identificación de las fuentes formales y a través de los principios y los valores existentes, promueve que el juez seleccione la consecuencia jurídica procedente, la *única respuesta correcta*. Por ello, no contempla la discrecionalidad judicial y niega la posibilidad de que el juez cree nuevo Derecho, pues, a su juicio, los supuestos no regulados por las reglas del sistema están, según Dworkin, cubiertos por los principios.

La propuesta realista, si bien también resalta el carácter limitado de las fuentes formales, lo hace para enfatizar que sus deficiencias son una fuente permanente de discrecionalidad y de creatividad judicial. La interpretación es, así, una tarea esencialmente creativa cuyo ejercicio no ha de ser estructurado o reglamentado, sino que ha de sustentarse en un activismo judicial que coadyuve a la búsqueda de soluciones adecuadas a los problemas sociales.

Los heterogéneos postulados de las diversas teorías examinadas también se reflejan en el ámbito argumentativo. La Exégesis consagra el silogismo lógico-deductivo como el único esquema argumentativo admisible. La lógica deductiva es suficiente en el razonamiento judicial. Kelsen no desarrolla la dimensión argumentativa, al considerar que ello supone introducirse en ámbitos meramente subjetivos o volitivos. Impone, por ello, una soberanía del legislador en el razonamiento jurídico: la racionalidad deductiva y lineal sigue monopolizando el mismo. Hart, en cambio, reconoce las limitaciones de la lógica deductiva y del razonamiento inductivo ante el carácter indeterminado de las normas, admitiendo la función de los principios e introduciendo criterios para guiar el ejercicio de la discrecionalidad. Dworkin pretende guiar la aplicación justificada del Derecho, fundándose en la noción de coherencia y de integridad, con la pretensión de lograr que las decisiones judiciales sean plenamente aceptables y coherentes con los principios y valores que fundamentan el Derecho. Los principios y la ponderación de los mismos vertebran gran parte del razonamiento dworkiano. En última instancia, el movimiento realista, con el ánimo de potenciar el activismo judicial, promueve que los jueces muestren las verdaderas razones que guían sus decisiones y que favorecen su libre discrecionalidad: promueven, así, la explicitación del contexto del descubrimiento en el razonamiento judicial.

Evidentes son, a la vista de esta sintética exposición, los heterogéneos fundamentos de estas teorías, desde las cuales surgen dispares modelos de juez. Por la relevan-

cia que la teoría de la Exégesis otorga a la ley, a la que considera como la única fuente de Derecho, así como por los criterios con los que define la función jurisdiccional, tanto en su dimensión interpretativa como en la argumentativa, denominaremos al modelo de juez resultante de esta teoría "juez legalista".

Valorando todos los términos en los que la teoría pura de Kelsen concibe el Derecho (como un sistema jerarquizado) y la interpretación -al asumir la necesidad de que se respete en los procesos de interpretación el marco legal que determina la norma-, por el protagonismo que concede a las reglas y la consiguiente desconfianza que muestra hacia los principios y hacia todo objeto de estudio que exceda de lo estrictamente jurídico y formal, denominaremos al modelo de juez que surge de esta teoría "juez formalista".

En la teoría de Hart se identifican diferentes causas de indeterminación que Hart reconoce en el sistema jurídico, y se justifica la necesidad de que, ante las mismas, el juez deba crear Derecho. La actividad interpretativa, por tanto, comprende no sólo la compleja identificación de los problemas que se suscitan en el sistema, sino que también incluye el empleo de algunos de los instrumentos pertinentes, algunos extrajurídicos, para superarlos. Se potencia, de esta forma, el ejercicio de discrecionalidad judicial, aunque con arreglo a múltiples y heterogéneos parámetros que no son plenamente justificados o sistematizados. En base a ello denominaremos al modelo de juez resultante de el *soft positivism* hartiano "juez creador".

Dworkin parte de una concepción del Derecho como integridad en la que siempre es posible hallar la solución adecuada, no reconociendo la existencia de lagunas. Asimismo, elabora un proceso interpretativo que pretende una plena justificación de las decisiones judiciales que desarrolla los postulados de coherencia e integridad desde los cuales concibe el Derecho. Es por ello que denominaremos al juez derivado de la teoría dworkiana el "juez integrador".

Ponderando el escepticismo con el que los autores realistas caracterizan el proceso de interpretación, tanto en lo concerniente a la determinación de la premisa fáctica del razonamiento como de la jurídica, y los términos en los que conciben la discrecionalidad judicial, que debe ir dirigida a la consecución de objetivos políticos y sociales, designaremos al modelo de juez resultante de las teorías realistas el "juez activista".

Estos cinco modelos de juez asumirán un relevante protagonismo en los capítulos posteriores del presente trabajo de investigación, al conformar un *modelo epistemológico de referencia*. Proponemos, en suma, la utilización de "conceptos tipo ideales", en el sentido de Max Weber: tipos de jueces que, aunque son meramente ideales, pues no existen en estado puro en la realidad, constituyen un instrumento de análisis crítico que nos permitirá examinar científicamente y desde una perspectiva eminentemente jurídica los fundamentos de los actuales procesos de selección y de formación inicial de los jueces españoles.

9. TABLAS RESUMEN DE LOS MODELOS DE JUEZ.

Se incluye una síntesis, en forma de tablas, de los elementos que configuran los distintos modelos de juez que hemos elaborado. Para ello se seguirán los siguientes parámetros:

A) Fuentes del Derecho.

En este apartado se incluirán las distintas fuentes que son admitidas por cada modelo de juez (leyes, disposiciones de Derecho positivo de rango inferior, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho e, incluso, los valores).

B) Relación entre Derecho y Moral.

La vinculación que cada modelo de juez establece entre estos dos órdenes.

C) Interpretación jurídica.

Dentro de este apartado diferenciamos entre la "interpretación proceso" y la "interpretación producto". Dentro de la primera distinguimos entre la "interpretación del Derecho" y la "interpretación de la ley". La "interpretación del Derecho" aludiría a la problemática que se suscita a la hora de calificar un supuesto de hecho concreto, en aras a comprobar si está incluido en una figura o norma jurídica concreta. Exige, por tanto, un estudio comparado de distintas normas (para contrastar si existen contradicciones, lagunas,...).

La “interpretación de la ley” (entendiendo “ley” en un sentido amplio, como sinónimo de norma) implicaría el estudio particularizado de una norma concreta del sistema, una vez que se considera que ésta es la que procede aplicar en un supuesto dado (si existe ambigüedad en la misma, ámbitos de decisión concedidos por el legislador en ella,...).

La “interpretación-producto” se referiría al resultado último del proceso interpretativo. Fundamentalmente, si se entiende que debe existir una única solución al supuesto planteado y si, en consecuencia, existen o no ámbitos de discrecionalidad judicial.

D) La argumentación.

En la misma se distingue entre la dimensión material y formal de la argumentación. La primera aludiría al tipo de razones que se utilizan para motivar las resoluciones judiciales. Dentro de ellas podemos diferenciar, siguiendo a Atienza²⁶⁵, entre: razones extrajurídicas, relativas esencialmente a los hechos (valoración de la prueba), razones institucionales, razones morales y, por último, razones jurídicas. Dentro de ellas, a su vez, distinguimos entre las razones no prácticas (que sirven para identificar otras razones jurídicas) y las prácticas (que son el núcleo del razonamiento jurídico). También diferenciamos entre los valores y las normas. Estas últimas están conformadas por los principios y las reglas (las cuales comprenderían, a su vez, tanto las normas positivizadas como la jurisprudencia).

Véase, en esta línea, los distintos términos que usamos para referirnos a las fuentes del Derecho incluidas en cada modelo de juez. Así, en el juez legalista aludimos sólo a las “leyes”, puesto que el mismo sólo reconoce a las mismas como único elemento que conformaría el Derecho (serían un tipo de reglas). En el juez formalista nos referimos a las “reglas”, puesto que admite como fuentes, además de la jurisprudencia, al Derecho positivo, sin incluir ni a los principios ni a los valores. En el juez creador enumeramos las “normas”, que comprenderían las “reglas” (las normas positivizadas y la jurisprudencia) y los principios del Derecho. Por último, en el caso del juez integrador indicamos las razo-

²⁶⁵ La división que efectuamos entre tipos de normas, reglas principios, directrices o, en general, a los enunciados normativos, está más simplificada que la contenida por este autor en su obra, al efecto de facilitar la clasificación ofrecida como elemento de análisis de los modelos de juez y de la práctica judicial. Véase ATIENZA, M. RUIZ MANERO, J.R. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel Derecho. Barcelona. 1996. Págs. 177 y siguientes. Esta obra ha supuesto, en todo caso, una revisión importante de la teoría sobre los enunciados jurídicos.

nes jurídicas, que comprenden las “normas” (“reglas” y principios generales del Derecho) y también los valores. En el caso del juez activista clasificamos las fuentes entre las formales y las auténticas. Estas últimas, que serían las determinantes, serían las resultantes de los procesos de interpretación que, sobre las primeras, desarrolla el juez.

Dentro de la faceta material de la argumentación también distinguimos las razones explicativas y justificativas. Las primeras comprenden todas aquellas razones que son necesarias para motivar una resolución, es decir, para explicitar los motivos por los que se adopta la misma. Las razones justificativas permiten, no sólo lo anterior, sino también mostrar la decisión como el producto coherente y lógico de todo el material jurídico pre-existente, con la totalidad de la práctica jurisdiccional precedente. Todas estas razones se explicitarían en la resolución judicial y formarían el contexto de la justificación (que comprendería las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida), en contraste con el contexto del descubrimiento, que comprendería todas aquellas que se refieren a los móviles psicológicos, el contexto social o las circunstancias ideológicas que puedan llevar a un juez a dictar una determinada resolución.

En el ámbito formal de la argumentación distinguimos los distintos esquemas argumentativos que admitiría cada modelo de juez. Así, el juez legalista y el formalista sólo admitirían el esquema subsuntivo. El primero porque considera que la actividad interpretativa estaría conformada solamente por la subsunción de un hecho en la norma. El segundo porque, si bien admite que en el sistema existen indeterminaciones, su razonamiento sigue monopolizado por la racionalidad deductiva. El juez creador hartiano incluiría tanto el esquema subsuntivo como el finalista, en cuanto que reconoce la relevancia de los principios y arbitra criterios jurídicos que pueden delimitar de una forma más motivada o razonada en Derecho la solución al supuesto dado. El esquema de la ponderación sólo se atribuiría al juez integrador, en tanto en cuanto es el único que ofrecería una utilización racional y sistematizada de los principios del Derecho, al objeto de poder determinar cuál de los posibles principios aplicables al caso concreto ha de prevalecer. Desde el juez realista los esquemas argumentativos constituyen sólo una forma de racionalizar la decisión pretendida por el juez.

JUEZ LEGALISTA – ESCUELA DE LA EXÉGESIS					JUEZ LEGALISTA – ESCUELA DE LA EXÉGESIS		
Fuentes y Concepción del Derecho	Derecho y Moral	Interpretación - Proceso			INTERPRETACIÓN PRODUCTO	ARGUMENTACIÓN	
		La interpretación del Derecho	La interpretación de la Ley	Pautas: Indeterminaciones del Sistema Jurídico		Material	Formal
<u>Criterio de Validez Formal:</u> El Derecho queda delimitado por las normas elaboradas mediante el procedimiento legislativo del Parlamento. <u>Concepción estática del Derecho:</u> El Derecho es concebido como un conjunto de leyes. • Completo: sin lagunas. • Coherente: sin antinomias. • Claro: sin ambigüedades. • Preciso: sin ámbito para la discrecionalidad. <u>Fuentes del Derecho:</u> • La ley.	<u>Relación entre Derecho y Moral:</u> • La moral es autónoma del Derecho. • No exige un determinado contenido moral al Derecho. <u>Influencia de la Moral en el Razonamiento Jurídico:</u> La moral no influye en el razonamiento jurídico porque las leyes prevén de forma precisa todas las soluciones a los supuestos planteados.	Se ha de localizar la regla legislativa aplicable al caso. No se plantean problemas de relación con otros preceptos legales, dado que las leyes no lagunas ni antinomias.	Concreción del sentido de la regla legislativa concreta, en su expresión más literal (interpretación gramatical). Permite la matización del tenor literal de la regla legal mediante: • La concreción de la voluntad del legislador (método empírico). • La relación entre distintos preceptos de la ley (método lógico).	No ofrece ninguna pauta: no son necesarias, dado que no existen indeterminaciones en las disposiciones legislativas. Se fundamenta en una Teoría Descriptiva: No ofrece pautas para orientar la interpretación porque son innecesarias. La interpretación es una actividad Declarativa: Sólo debe aplicar las premisas jurídicas preestablecidas mediante inferencias lógicas.	No reconoce la Discrecionalidad Judicial: • No existen indeterminaciones en el sistema legal. • El juez no puede crear Derecho, soslayar o matizar el tenor literal de los preceptos legales. • Cada supuesto de hecho tiene una única solución, que está contemplada en la regla legislativa elegida.	<u>CLASES DE RAZONES:</u> Razones jurídicas: • Razones no prácticas (que permiten identificar otras razones): son innecesarias. • Razones prácticas: las reglas incluidas en la ley. No admite los valores ni los principios. Extrasistemáticas: hechos. No utiliza razones morales (moral pública) ni institucionales. <u>TIPOS DE RAZONES:</u> (contexto de justificación) • Explicativas: exige motivación de las resoluciones. • Justificativas: no son necesarias porque siempre hay una solución única para cada supuesto dado.	El esquema Subsuntivo, mediante la aplicación del silogismo lógico-deductivo: conformado por una premisa mayor (precepto legal), una premisa menor (los hechos) y la conclusión (decisión del juez).

JUEZ FORMALISTA – TEORÍA PURA DEL DERECHO					JUEZ FORMALISTA – TEORÍA PURA DEL DERECHO		
Fuentes y Concepción del Derecho	Derecho y Moral	Interpretación - Proceso			INTERPRETACIÓN PRODUCTO	ARGUMENTACIÓN	
		La interpretación del Derecho	La interpretación de la Ley	Pautas: Indeterminaciones del Sistema Jurídico		Material	Formal
<u>CRITERIO DE VALIDEZ FORMAL:</u> - El fundamento de la validez de las normas jurídicas ha de radicar en otra norma (en última instancia, en la Constitución). - El último criterio de validez del sistema viene conformado por la Norma Fundamental (ficción jca.) <u>CONCEPCIÓN ESTÁTICA DEL DERECHO:</u> Se concibe como un sistema de normas: - Procedentes de autoridades diversas. - Susceptibles de ser reconducidas a una unidad. <u>El DERECHO es un SISTEMA, con:</u> - Contradicciones: entre las propias reglas y de éstas con la voluntad del legislador. - Ambigüedades: en el significado de las reglas. - Imprecisiones o indeterminaciones: por la propia voluntad del legislador - Plenitud: no contiene lagunas (el Derecho siempre puede ofrecer una respuesta jurídica). <u>FUENTES DEL DERECHO:</u> - Constitución (eficacia limitada al ámbito institucional), leyes, reglamentos. - Precedentes judiciales.	<u>RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL:</u> La Moral es autónoma del Derecho No exige un determinado contenido moral al Derecho. <u>INFLUENCIA DE LA MORAL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO:</u> En aquellos supuestos en los que existe discrecionalidad judicial la moral crítica puede influir en la decisión a adoptar.	Exige la localización de la regla aplicable al caso. Exige, además, el análisis simultáneo de distintas reglas, dado que pueden concurrir: - Contradicciones: con otras reglas. - Lagunas: ámbitos no regulados por las reglas. En estos supuestos se ha de desestimar la demanda o absolver al acusado.	Concreción del significado de la regla. Ello será necesario, sobre todo, cuando concurren estas situaciones: - Indeterminación de la regla por voluntad del legislador. - Ambigüedad del lenguaje propio de las reglas. La interpretación ha de superar la indeterminación que se produce, por estas causas, en las normas jurídicas.	CRITERIOS que aporta: No hay métodos o criterios jurídicos que puedan delimitar la decisión final. Se fundamenta en una TEORÍA DESCRIPTIVA: no ofrece parámetros concretos para superar los casos difíciles (porque ello exige compromisos valorativos-deológicos). La interpretación es una ACTIVIDAD CREADORA del juez: - No existe método para decantarse por una solución determinada. - No hay razonamiento jurídico fuera de las reglas. - Se ha de respetar el marco determinado por cada norma. La decisión a adoptar es un acto de voluntad.	Reconoce la DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: - Cuando el legislador faculta al juez: indeterminación intencional. - Cuando existen anomalías en el material jurídico (contradicciones y ambigüedades). No existe discrecionalidad cuando un supuesto no está regulado por una regla: porque se desestima la demanda (cláusula de cierre). Siempre habrá VARIAS SOLUCIONES: posibles, válidas y equivalentes.	<u>CLASES DE RAZONES:</u> Razones jurídicas: - No prácticas: no las considera necesarias. - Razones prácticas: utilizaría las leyes y los precedentes judiciales, pero no los principios ni los valores. Razones extrajurídicas: los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes. No reconoce otras razones como necesarias (institucionales o morales). <u>TIPOS DE RAZONES</u> (contexto de la justificación): - Explicativas: exige motivación de las resoluciones. - Justificativas: no son necesarias porque siempre hay varias soluciones posibles y la decisión última es fruto de un acto de voluntad.	El esquema argumentativo que emplea es, el SUBSUNTIVO, mediante la aplicación del silogismo lógico-deductivo.

JUEZ CREADOR – POSITIVISMO MODERADO HART					JUEZ CREADOR – POSITIVISMO MODERADO HART		
Fuentes y Concepción del Derecho	Derecho y Moral	Interpretación - Proceso			INTERPRETACIÓN PRODUCTO	ARGUMENTACIÓN	
		La interpretación del Derecho	La interpretación de la Ley	Pautas: Indeterminaciones del Sistema Jurídico		Material	Formal
<u>CRITERIO DE VALIDEZ FORMAL:</u> El Derecho queda delimitado por la regla de reconocimiento, que establece los criterios de pertenencia al sistema jurídico. La regla de reconocimiento puede también incorporar criterios de validez moral (material). <u>CONCEPCIÓN ESTÁTICA DEL DERECHO:</u> Se concibe como un conjunto de normas (un SISTEMA). <u>El DERECHO es un SISTEMA</u>, que puede ser: • Incompleto: hay lagunas. • Impreciso: por voluntad del legislador (“indeterminación más radical”). • Ambiguo: por deficiencias del lenguaje (“textura abierta del lenguaje”). • Contradictorio: por contradicciones entre normas o por concurrencia de varias normas o del texto de una norma con la voluntad del legislador. <u>FUENTES DEL DERECHO:</u> • Constitución, leyes y otras reglas de inferior rango. • Precedentes jurisprudenciales. • Los principios generales del Derecho.	<u>RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL:</u> La Moral es autónoma del Derecho. No exige un determinado contenido moral al Derecho. Mantiene una relación contingente con el Derecho: es posible que la regla de reconocimiento incorpore criterios de validez de contenido material (moral). <u>INFLUENCIA DE LA MORAL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO:</u> En aquellos supuestos en los que existe discrecionalidad judicial la moral crítica puede influir en la decisión a adoptar.	Se ha de identificar la norma aplicable al caso. Exige el análisis simultáneo de distintas normas, dado que pueden producirse (casos difíciles): • Lagunas • Contradicciones entre normas o concurrencia de varias normas. La selección de las premisas normativas al caso concreto exige un RAZONAMIENTO COMPLEJO.	Concreción del significado de los términos de la norma. Ello es necesario cuando se produce (casos difíciles): • Indeterminación de una norma por voluntad del legislador (“indeterminación más radical”). • Concurrencia de conceptos generales en las normas (“textura abierta” del lenguaje jurídico). • Ambigüedad de las normas (dudas sobre si un supuesto está comprendido en el ámbito de aplicación de una norma). • Incoherencia normativa (incompatibilidad entre la norma y los fines o principios de la misma). La interpretación ha de superar la indeterminación que se produce, por estas causas, en las normas jurídicas.	<u>CRITERIOS</u> que aporta: • Moral crítica (principios morales, objetivos sociales, intereses de los afectados). • Estándares jurídicos (analogía, equidad, razonabilidad, desviación de poder, ...) • Principios del Derecho. • Propósito de la norma. Se fundamenta en una TEORÍA DESCRIPTIVA: no ofrece parámetros concretos para superar los casos difíciles (porque ello exige compromisos valorativos-ideológicos) La interpretación es una ACTIVIDAD CREADORA del juez: • No existe criterio definitivo para decantarse por una solución o principio. • Se han de respetar los límites determinados por las normas. • En última instancia, depende de los valores y creencias del juez.	Reconoce la discrecionalidad judicial. Causas: • Indeterminación de las reglas por voluntad del legislador (indeterminación más radical). • Indeterminación semántica de los conceptos (textura abierta del lenguaje). • Otras indeterminaciones del legislador (ambigüedad, concurrencia de normas). • Lagunas (indeterminación del Derecho). • Incoherencia normativa. Son admisibles VARIAS SOLUCIONES posibles.	<u>CLASES DE RAZONES:</u> Razones jurídicas: • No prácticas: utilizaría estándares jurídicos (concretados en el apartado de “pautas”) • Prácticas: las reglas del Derecho positivo y los principios. Razones extrajurídicas: los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes y pautas para desarrollar la discrecionalidad. Reconoce las razones morales como una de las pautas que influyen en la discrecionalidad. <u>TIPOS DE RAZONES</u> (contexto de la justificación): • Explicativas: exige motivación de las resoluciones. • No ofrece razones justificativas para superar las indeterminaciones del sistema, en orden a mostrar la decisión como coherente con los valores de aquél.	El esquema SUBSUNTIVO, mediante la aplicación del silogismo lógico-deductivo. Esquema FINALISTA: pretende la consecución de un objetivo determinado por la norma.

JUEZ INTEGRADOR – DWORKIN						JUEZ INTEGRADOR – DWORKIN	
Fuentes y Concepción del Derecho	Derecho y Moral	Interpretación - Proceso			INTERPRETACIÓN PRODUCTO	ARGUMENTACIÓN	
		La interpretación del Derecho	La interpretación de la Ley	Pautas: Indeterminaciones del Sistema Jurídico		Material	Formal
<u>CRITERIO DE VALIDEZ MATERIAL Y FORMAL:</u> - Reconoce como Derecho al que surge de las instituciones del sistema institucional (criterio formal). - Lo jurídico ha de ser coherente con los principios que fundamentan una determinada materia y con los principios y valores constitucionales (criterio material). <u>CONCEPCIÓN DINÁMICA DEL DERECHO:</u> El Derecho es concebido como una práctica social, que comprende un conjunto de procedimientos argumentativos. <u>EL DERECHO ES ÍNTEGRO:</u> - Completo: las deficiencias del Derecho positivo (explícito) se pueden colmar con los principios y los valores. - Coherente: el material jurídico ha de analizarse como un conjunto coherente de principios creados por un legislador racional. <u>FUENTES DEL DERECHO:</u> - Derecho explícito: Constitución, ley y el que emana de las instituciones del sistema. - Precedente judicial. - Principios generales del Derecho (tienen primacía sobre las reglas), contenidos en las prácticas y actitudes de la comunidad. - Valores postulados por el Derecho.	<u>RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL:</u> - Su teoría presupone un Derecho con un contenido moral determinado, propio de los Estados de Derecho Constitucionales (justificado moralmente). - La moral está vinculada con el Derecho a través de los principios que expresan los derechos morales básicos. - El Derecho explícito es una expresión del Derecho implícito, conformando una concepción objetivista de los principios morales de la comunidad. <u>INFLUENCIA DE LA MORAL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO:</u> - El razonamiento moral interviene en el razonamiento jurídico, a través de los principios de moralidad política. - Los juristas deben decidir en el razonamiento jurídico qué principios de los grupos de estándares en competición ofrecen la mejor justificación (más atractiva en términos morales) de la práctica jurídica.	El proceso de interpretación se concreta en una concepción interpretativa denominada Derecho como integridad, que consta de TRES FASES: <u>ETAPA PREINTERPRETATIVA:</u> Identifica el material jurídico: el Dº. explícito, las reglas positivas que conforman la práctica jurídica. <u>ETAPA INTERPRETATIVA:</u> Muestra distintas interpretaciones posibles, según los distintos principios que orientan cada interpretación. El material jurídico debe verse como una unidad, conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. <u>ETAPA POSTINTERPRETATIVA:</u> Elige la interpretación que desarrolla al máximo los valores propios de la práctica jurídica, que incluyen la justicia, la imparcialidad y la equidad. SINGULARIDADES de este proceso: Tienen primacía los principios sobre las reglas. El razonamiento jurídico es COMPLEJO: exige una reconstrucción de todo el material jurídico.	Los portadores de significado no son las reglas jurídicas individuales, sino los grupos de enunciados. La interpretación jurídica no la vincula a la voluntad de la ley o del legislador, sino a los principios de moralidad política.	La ACTITUD INTERPRETATIVA, que exige: - Suponer que la práctica jurídica tiene valores o hace cumplir algún principio que confiere sentido a la práctica. - Considerar que las reglas de la práctica han de ser entendidas, calificadas o limitadas según esos principios y valores. Por tanto, los objetivos propugnados por tales principios tienen primacía sobre las reglas. Se fundamenta en una TEORÍA PRESCRIPTIVA: pretende aportar criterios para precisar cómo deben interpretar los jueces ante los casos difíciles. La interpretación desarrollada por el juez es una ACTIVIDAD RECONSTRUCTIVA del material jurídico.	NO reconoce la DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Cada supuesto de hecho tiene una única respuesta correcta, que es la mejor interpretación constructiva del material jurídico del pasado.	<u>CLASES DE RAZONES:</u> - Razones jurídicas: - No prácticas: identifican otras razones. - Prácticas: valores y normas (reglas y principios) - Extrasistemáticas: hechos. - Morales (moral pública: principio de moralidad política): intervienen en el razonamiento jurídico. - Institucionales. <u>TIPOS DE RAZONES</u> (contexto de justificación): - Explicativas: exige motivación de las resoluciones. - Justificativas: pretende una adecuada justificación de las decisiones judiciales; la decisión ha de ser la más coherente con el conjunto del material jurídico.	El esquema SUBSUNTIVO, mediante la aplicación del silogismo lógico-deductivo. Esquema FINALISTA, que pretende la consecución de un objetivo detallado en la norma. Esquema de la PONDERACIÓN: - Se aplica cuando no hay regla (laguna normativa) o la regla es contraria a los principios o valores del sistema (laguna axiológica). - Se convierte un principio en norma, para aplicar después el esquema finalista o el subsuntivo.

JUEZ ACTIVISTA - REALISMO JURÍDICO					JUEZ ACTIVISTA - REALISMO JURÍDICO		
Fuentes y Concepción del Derecho	Derecho y Moral	Interpretación - Proceso			INTERPRETACIÓN PRODUCTO	ARGUMENTACIÓN	
		La interpretación del Derecho	La interpretación de la Ley	Pautas: Indeterminaciones del Sistema Jurídico		Material	Formal
<u>CRITERIO DE VALIDEZ: LA EFICACIA</u> - La validez se identifica con la eficacia de la norma: las normas que se cumplen y son aplicadas por los jueces serán aquellas que forman parte del orden jurídico. - El fundamento de la validez es la correspondencia de lo dispuesto en las normas con el comportamiento social efectivo.	<u>RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL:</u> - El Derecho ha de pretender la consecución de determinados objetivos sociales y políticos. - Tales objetivos no están predeterminados: depende de lo que cada juez considere justo en cada caso determinado.	Se ha de identificar la norma aplicable al caso. Pueden producirse: - Lagunas - Contradicciones entre normas o concurrencia de varias normas. - Inconsistencia del Derecho (dificultad de calificar las situaciones de hecho particulares).	Concreción del significado de los términos de la norma. Ello es necesario cuando se produce (casos difíciles): - Vaguedad y ambigüedad de las expresiones de la ley. - Indeterminación del objetivo perseguido por la ley. - Dificultad para seleccionar el precedente aplicable al supuesto enjuiciado. - La dificultad para concretar los hechos probados en un litigio (está condicionada esta actividad por la selección de la norma que se entiende aplicable). Debido a estas dificultades el juez crea, finalmente, la premisa normativa.	<u>CRITERIOS</u> que aporta: - Las normas no son ni el único ni el principal factor en la toma de las decisiones. No deben constituir el punto de referencia. Sólo son guías generales. - Las reglas y los derechos sustantivos deben ser reformulados en relación permanente a sus consecuencias sociales. Se fundamenta en una TEORÍA DESCRIPTIVA y PRESCRIPTIVA: La INTERPRETACIÓN SIEMPRE es una ACTIVIDAD CREADORA del juez: El juez crea y reformula la premisa normativa del razonamiento judicial que justifica las decisiones judiciales (regla, principio o precedente). El juez ejerce un poder delegado para determinar el alcance de los conceptos contenidos en la norma legislativa.	Reconoce la DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. Causas: - Flexibilidad en la apreciación de los hechos enjuiciados. - Vaguedad y ambigüedad de las expresiones de la ley. - Indeterminación del objetivo perseguido por la ley. - Lagunas. - La inconsistencia del Derecho (libertad para elegir la norma aplicable). - Técnicas a las que pueden recurrir los jueces para seleccionar un precedente. Son admisibles VARIAS SOLUCIONES posibles: pueden ser contradictorias entre sí e igualmente justificables, en función de las peculiaridades de cada caso.	<u>CLASES DE RAZONES:</u> Razones jurídicas: - No prácticas: para reformular la premisa normativa. - Prácticas: las reglas del Derecho positivo y los principios. Razones extrasistemáticas: los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes. Reconoce razones morales, sociales, psicológicas, políticas, ... son las pautas que dirigen la discrecionalidad judicial. <u>TIPOS DE RAZONES</u> (contexto de la justificación y del descubrimiento): - Explicativas: exige motivación de las resoluciones. - En el razonamiento judicial deben expresarse todos los factores que, realmente, influyen en la toma de la decisión judicial.	Los ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS sólo sirven para racionalizar las decisiones judiciales.

JUEZ ACTIVISTA
REALISMO JURÍDICO

CAPÍTULO 5

LAS FUENTES DEL DERECHO, LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA
Y LA ARGUMENTACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA
Y EL DERECHO ESPAÑOL

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo de la tesis pretendemos ampliar el estudio de los aspectos incluidos en el precedente, con el objetivo de concretar las singularidades que aquellas cuestiones presentan en el ámbito del Derecho y la doctrina española. Así, se incluye un breve estudio de la relevancia que ostentan, en el Derecho español, los principios y valores constitucionales, así como los derechos fundamentales, cuya tutela se erige en uno de los núcleos de todo Estado de Derecho. También se introduce un examen del valor que en nuestro Derecho mantiene actualmente la ley, en la medida en que su posición se ha visto alterada por la instauración y desarrollo de nuevas instituciones y fuentes del Derecho. La relevancia y naturaleza de la jurisprudencia en el Derecho español, el valor que mantienen los distintos criterios interpretativos, los límites establecidos por la jurisprudencia en la interpretación judicial y las particularidades que se suscitan en la ponderación de los derechos completan el contenido del presente capítulo.

Estos nuevos matices permitirán un análisis más profundo de los fundamentos jurídicos sobre los que se sustenta la jurisprudencia española y de la concepción o concepciones del Derecho y el modelo o modelos de interpretación y de argumentación a los que responde, lo que será también objeto de examen en el siguiente capítulo de la tesis. Todo ello, a su vez, facilitará un examen más detallado de los procesos de selección y de formación vigentes en España y los fundamentos jurídicos de estos.

2. LOS PRINCIPIOS Y VALORES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Es preciso relacionar la eficacia y valor que las distintas teorías jurídicas analizadas en el capítulo previo otorgan a la Constitución con la función que la misma mantiene de nuestro Derecho, concretamente respecto del valor normativo que para la

jurisdicción ordinaria mantienen los principios y valores constitucionales¹. El papel de los mismos ha sido resaltado y matizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Ya la STC 16/1982, de 29 de abril, en su fundamento de derecho 1º, determinó:

“Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento..., es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella...”

También la jurisprudencia constitucional ha aludido al valor vinculante de los principios en la STC de 2 febrero de 1981 (FD 1º). El carácter normativo de los valores, asimismo, fue reconocido por las SSTC de 31 de marzo de 1982 (FD 6º), de 5 de julio de 1982 (FD 2º) y 8 de junio de 1981 (FD 2º). En concreto, esta última sentencia detalló que “la Constitución incorpora un sistema de valores que requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”.

Sin embargo, no existe una unanimidad doctrinal sobre el alcance y valor que han de asumir los principios y valores incluidos en la Constitución. En este sentido, Comanducci², compartiendo algunos de los parámetros kelsenianos (juez formalista), plantea la necesidad de que la función judicial mantenga unos límites. De forma que, aunque desde las teorías principalistas (juez integrador) se potencia la dimensión política del juez, es preciso recordar que la interpretación moral de la Constitución abre las puertas a una discrecionalidad judicial que puede convertir a los jueces en auténticos coautores de la propia Constitución, flexibilizando de una forma relevante los márgenes de certeza del Derecho y, en definitiva, de la seguridad jurídica.

En la doctrina española, también distintos autores se sitúan más próximos a concepciones estrictamente positivistas. En este sentido, García Amado³ afirma que el

¹ No incluimos aquí a la relevancia que pueden ostentar los derechos fundamentales, los cuales se analizan con posterioridad, en un apartado autónomo.

² COMANDUCCI, P. “Modelos e interpretación de la Constitución”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 65 y 66.

³ GARCÍA AMADO, J.A. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 237 y sigs.

neoconstitucionalismo tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en las virtudes taumatúrgicas de la Judicatura, dado que existen enunciados constitucionales que carecen de aptitud para fundamentar un control de constitucionalidad (y, entendemos, para proporcionar una guía concreta en los procesos de interpretación) por su indeterminación, de forma que la elección de uno de sus significados está constituida e ineludiblemente condicionada por toda una serie de presupuestos ideológicos del intérprete. Nos aproximaríamos a variantes propias del juez activista (realismo jurídico). Hernández Marín⁴ es contrario a que la interpretación esté condicionada por la consecución de los valores constitucionales, pues así se violenta el concepto de interpretación, dado que lo relevante es lo que el legislador haya querido decir, no su propósito (tutelar o desarrollar más o menos intensamente la Constitución). La influencia de la Constitución, por tanto, sería secundaria. Díez-Picazo también refuta la tesis genérica de la *aplicación directa* de la Constitución⁵, refiriendo que este fenómeno ha originado, más que una reducción de la ley, una degradación de la misma, que no se produce en términos jurídicos sino en términos más propios de la sociología del Derecho. A su juicio, sólo los artículos de la Constitución que contemplan los derechos fundamentales pueden ser susceptibles de esta aplicación directa, y -además- exclusivamente, cuando no hayan sido desarrollados previamente por una ley. Defiende, por ello, una limitación de la aplicación directa de la Constitución a tales supuestos, la revaluación de la ley, como norma fundamental del sistema, y, en suma, una huída del Derecho judicial y del activismo de los jueces (de la creación judicial del Derecho)⁶. Laporta⁷, crítico con las concepciones del nuevo constitucionalismo, aboga por proceder a

⁴ HERNÁNDEZ MARÍN, R. "Sentidos de los enunciados jurídicos y principio de legalidad". *Estudios de filosofía de Derecho Penal*. Díaz y García Conlledo, M. y García Amado, J.A (coord.). Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2006. Pág. 356.

⁵ Aparicio señala que, básicamente, son dos los sentidos que puede concederse a la expresión "aplicación directa de la Constitución": el referido a su eficacia normativa y el que atañe a su poder de conformación integrativa del resto del ordenamiento. La acepción a que aludiría Díez Picazo sería la segunda. "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional". APARICIO PÉREZ, M.A. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº 3. Mayo-agosto 1989. Pág. 50.

⁶ DÍEZ PICAZO, L. "Constitución, ley, juez". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 5. Nº 15. Septiembre-diciembre 1985. Págs. 9 y sigs.

⁷ LAPORTA, F.J. "El ámbito de la Constitución". *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 24. 2001. Págs. 459-484.

una suerte de *reinención* de la ley como fuente del Derecho para hacer frente a todos los graves fenómenos que se vienen denunciando bajo la fórmula genérica de *crisis de la ley*, bajo la convicción de que hay que hacerles frente con la vista puesta en el perfeccionamiento del contenido, el alcance y los procedimientos de elaboración de la ley misma, en lugar de recurrir al activismo judicial, a la invocación de la Constitución en todo litigio imaginable o a la presunta naturaleza «pregnante» de los principios del derecho.

Nieto manifiesta su escepticismo sobre el papel y función de los principios. La jurisprudencia, para él, ha encontrado en los principios generales un poderoso *deus ex machina* que le permite prescindir de- y hasta arrasar- el Derecho positivo. La jurisprudencia principialista que actualmente se usa ha roto, para este autor, con más de un siglo de tradiciones. Agotado el positivismo legalista y desbordados los jueces por una legislación cuyo conocimiento supera la capacidad de la mente humana, gustan los tribunales de cortar por lo sano y de ahorrarse con los cómodos atajos de tales principios las asperezas de los enmarañados caminos normativos. Perdida la prudencia, los Tribunales sucumben con frecuencia a la tentación de prescindir de las rigurosas argumentaciones tradicionales, que sustituyen por los principios más simplificadores, extraídos de la abundante cantera constitucional o elaborados en sus propios talleres⁸.

Prieto Sanchís, más próximo a las posiciones del modelo propio del juez integrador (y de las teorías principialistas), considera que la preeminencia de la Constitución sobre la ley, el desplazamiento de las reglas por los principios y la voluntad de brindar plena tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Norma Constitucional tiene una consecuencia relevante que no cabe ocultar: los jueces, si es que no se convierten en los nuevos señores del Derecho, al menos sí pasan a ocupar esferas de decisión antes encomendadas al legislador o, en general, a los órganos de naturaleza política”⁹.

⁸ NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona. 2000. Pág. 114.

⁹ PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 3.

Estas diferentes consideraciones sobre la naturaleza que ha de otorgarse a los principios y a los valores constitucionales suscitan, en última instancia, el valor que ha de ostentar el legislador y el juez en la interpretación judicial. Es decir, si el juez ha de autorrestringirse para permitir que su función esté primordialmente condicionada por el desarrollo y la interpretación que de la norma constitucional ha concretado el legislador (posición más propia del juez creador) o si, por el contrario, el efecto irradiador de los principios y valores constitucionales legitima al juez a conformar y modelar de una forma relativamente amplia un modelo de interpretación flexible que pondere la relevancia que, en cada supuesto concreto, pueden ostentar los principios y valores constitucionales que pudieran estar implicados en el litigio concreto (enfoque más propio del juez integrador). La regulación de la cuestión de inconstitucionalidad, los términos en los que está redactado el artículo 5.1 LOPJ¹⁰ y la delimitación de las funciones entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional en nuestro sistema institucional apoyarían, en cierta medida, la primera posición, dado que, a través de estos instrumentos jurídicos, la interpretación de la Constitución se atribuye de forma última al Tribunal Constitucional, si bien la propia jurisprudencia constitucional, anteriormente aludida, permitiría ampliar estas consideraciones.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Los derechos y la ley.

Como refiere Zagrebelsky¹¹, la posición de la ley y el juez ha sido diferente según el contexto en el que se han generado los sistemas constitucionales. Así, mientras que en el constitucionalismo francés, y los Estados que lo adoptaron como modelo (como España), no tuvo lugar un sometimiento de la ley al control de los derechos, sino que, al

¹⁰ Este artículo dispone: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.” Obliga, por tanto, a que el alcance y eficacia de los preceptos constitucionales, también los principios, se atenga a la interpretación previamente establecida sobre ellos por el Tribunal Constitucional.

¹¹ ZAGREBLELKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Págs. 47 y sigs.

contrario, se produjo un control de legalidad de los derechos (por lo que se atribuyó a los jueces una posición de servicio pasivo a la ley), en el derecho constitucional norteamericano se estableció una fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precedía al Derecho establecido por el legislador, de forma que los derechos debían ser tutelados frente a las amenazas de un legislador omnipotente. La ley, aquí, derivaba de los derechos, mientras que en Francia (y en el contexto del constitucionalismo español) los derechos eran los que derivaban de la ley, lo que se tradujo, a su vez, en los distintos modelos de control de constitucionalidad existentes.

Ordóñez Solís¹² también ha concretado el origen de las diferentes concepciones que de los derechos ha emergido en el Derecho continental y el norteamericano, que están muy vinculadas con el papel que en ambos contextos se atribuyen a los jueces. Hay que remontarse, según él, un siglo más atrás del nacimiento de estos constitucionalismos para comprender el efecto que desde el punto de vista de la filosofía política han tenido dos autores clave en la evolución del Poder Judicial: Locke y Montesquieu. Así, los sistemas políticos inspirados en el primero atribuyen a los jueces un poder decisivo. En cambio, Montesquieu pretende conjurar en su obra *Del espíritu de las leyes* todos los defectos del Poder Judicial, confinando a los jueces a ser un mero instrumento que pronuncie las palabras de la ley. El propio nacimiento de los Estados Unidos estuvo presidido por la adopción de la Constitución y por la proclamación constitucional de un catálogo de derechos fundamentales a los que quedaban sometidos todos los poderes. La Constitución estaba, así, por encima de todos los poderes estatales y está dotada de un importante grado de justiciabilidad en relación, fundamentalmente, con la tutela de los derechos individuales. Otro relevante factor fue la diferente concepción de la propia sociedad, dado que la sociedad norteamericana, frente a la vieja sociedad estamental europea, partía en esencia de la homogeneidad social en la que el principio de separación de poderes tuvo una traducción institucional, de modo que se pretendió que los tres poderes estuvieran desde un principio democráticamente legitimados. En Europa, en cambio, la revolución había sido hecha contra la tiranía de los jueces. Ello, a su vez,

¹² ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Jueces, Derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Thomson aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2004. Págs. 34-37.

tendría consecuencias en los diferentes modelos de juez que ambos constitucionalismos adoptaron (magistraturas profesionales frente al modelo burocrático).

En todo caso, la actual relación ley-derechos que se configura en las constituciones contemporáneas aproximan las dos tradiciones jurídicas, de forma que la concepción de los derechos (americana) y la de la ley (francesa) están cediendo el paso a otras que permiten un equilibrio entre las exigencias de los derechos y las de la ley, entre el poder de los jueces y el del legislador. El constitucionalismo europeo actual, por tanto, ha superado las limitaciones que preveía Kelsen en la eficacia de la Constitución (relativas al modelo del juez formalista), puesto que los derechos fundamentales son directamente invocables (y no sólo de forma indirecta, a través de los procesos de inconstitucionalidad de las leyes), tanto ante la jurisdicción ordinaria como, subsidiariamente, ante la jurisdicción constitucional.

Dworkin, en este contexto y dentro del *rule of law*, ha distinguido dos formas de concebir este sistema: una que denomina *the rule-book conception*:

"it insists that, so far as is possible the power of the state should never be exercised against individual citizens except in accordance with rules explicitly set out in a public rule book available to all... the rule-book conception therefore directs judges to try to form semantic theories"¹³

La otra, por la que opta, la denomina *the rights conception*, más propia del modelo que hemos denominado juez integrador :

"It is in several ways more ambitious than the rule-book conception. It assumes that citizens have moral rights and duties with respect to one another, and political rights against the state as a whole. It insists that these moral and political rights be recognized in positive law, so that they may be enforced upon the demand of individual citizens through courts or other judicial institutions of the familiar type, so far as this is practicable... It does not distinguish, as the rule-book conception does, between the rule of law and substantive justice; on the contrary it requires, as part of the ideal of law, that the rules in the rule book capture and enforce moral rights"¹⁴.

¹³ DWORKIN, R. "Political judges and the rule of law". *A matter of principle*. Harvard university press. USA. 1985. Págs. 11 y 14.

¹⁴ DWORKIN, R. "Political judges and the rule of law". *A matter of principle*. Harvard university press. USA. 1985. Pág. 11.

Por tanto, hasta qué punto los jueces pueden recurrir a los derechos fundamentales para condicionar la interpretación de la ley no es un tema sobre el que existan soluciones unánimes, pues -en gran medida- depende de los propios términos en los que se conciben tales derechos y la propia teoría de la interpretación.

3.2. Los derechos fundamentales como reglas o como principios.

Podemos distinguir con Alexy¹⁵ dos tendencias en el Derecho actual en el enfoque y valoración de los derechos fundamentales: una, estrecha y rigurosa, que el citado autor denomina “teoría de las reglas”, y otra holística y comprehensiva, que llama “teoría de los principios”.

Para la primera, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen, esencialmente, de otras del sistema jurídico: tienen una estructura similar al resto de las normas, aun cuando se encuentran en el nivel más alto del sistema al garantizar la posición del ciudadano frente al Estado (posición más próxima al modelo del juez creador). En la doctrina española diferentes autores se identifican más con esta posición, como García Amado¹⁶ o Jiménez Campo¹⁷.

La teoría holística, en cambio, otorga a los derechos fundamentales tres dimensiones relevantes que la vinculan con los parámetros del juez integrador: la primera, que los derechos fundamentales encarnan, no sólo una defensa del ciudadano frente a las relaciones con el Estado, sino también un orden de valores objetivo, atribuyendo a los derechos un carácter, no sólo de reglas, sino también de principios; la segunda implica que los derechos fundamentales valen para todos los ámbitos del Derecho, no sólo para las relaciones entre el Estado y el ciudadano; la tercera conllevaría la necesidad de que en los procesos de interpretación en los que estén implicados los derechos fundamentales han de resolverse conforme a procesos de ponderación. Surgiría, así, un modelo

¹⁵ ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Nº 11. Enero-junio 2009. Págs. 3-14.

¹⁶ GARCÍA AMADO, J. A. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 237 y sigs.

¹⁷ Véase: JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Editorial Trotta. Madrid. 1999.

ponderativo frente al propio de la teoría de las reglas, que constituiría un modelo subsuntivo. Los procesos en los que están implicados los derechos fundamentales, desde esta última perspectiva, requerirían siempre el recurso a la ponderación, fundada en la aplicación del principio de proporcionalidad. Esta necesaria ponderación se plasmaría en la argumentación que, en relación con los derechos fundamentales implicados, han de realizar los jueces en aquellos procedimientos de las distintas jurisdicciones en los que aquellos derechos están implicados (diligencias de instrucción propias del Derecho Penal, como entradas y registros, intervención de correspondencia; la tutela del derecho al honor o a la intimidad en el Derecho Civil; etcétera).

Por otra parte, esta segunda posición doctrinal amplía el efecto irradiador de los derechos fundamentales, pues genera lo que ha denominado Prieto Sanchís, un proceso de *constitucionalización de los derechos*, que permite concebir a los mismos como normas supremas, efectiva y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del Derecho, lo que implica –a su vez– asumir una regulación principialista donde se recogen derechos y deberes sin especificar sus posibles colisiones ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros, o donde se fijan objetivos o conductas sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado.

3.3. Los derechos fundamentales y la interpretación jurídica.

La consideración de los derechos fundamentales en los términos concebidos por la dimensión holística, anteriormente formulada, atribuiría a aquellos derechos una doble dimensión. Una eficacia directa (inmediata) en aquellos procesos en los que estén directamente afectados y, además, una eficacia mediata de aquellos frente a terceros, en la medida en que los derechos fundamentales constituirían un orden objetivo de valores que impondría una obligación de interpretar el ordenamiento jurídico – el privado, incluso- a la luz de los principios constitucionales.

La relevancia mediata de los derechos fundamentales, por tanto, permitiría el influjo de los mismos en el ámbito de las relaciones entre particulares y, por ende, en el ordenamiento jurídico privado. Estas dos dimensiones asignarían a los órganos jurisdiccionales un deber de tutela de los derechos fundamentales que no se agotaría en la

defensa de los mismos en los procedimientos en los que directamente están implicados (en las relaciones entre los ciudadanos y el poder público), sino también en un deber de promoción (y de protección) de tales derechos que se consumaría en una obligación de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, cumpliendo de esta forma el deber de promoción de las condiciones para que las libertades y los derechos se hagan plenamente efectivas. Esta concepción objetiva de los derechos fundamentales ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán, en la denominada doctrina *mittelbare Drittwirkung*¹⁸.

Nuestro Tribunal Constitucional, en relación con estas posiciones sobre los derechos fundamentales, ha reconocido de forma nítida la eficacia inmediata de los mismos sobre los ciudadanos, que exige la necesidad de verificar la vigencia de tales derechos en una relación jurídica concreta:

"Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos." (STC 15/1982)

El Tribunal, asimismo, ha reconocido diferentes principios que han de ser considerados por los jueces en la interpretación jurídica para favorecer la efectividad y tutela de los derechos fundamentales. Podemos citar, entre otros, los siguientes: principio de mayor valor, que significa que los derechos fundamentales han de alcanzar una realización superior a otras normas constitucionales que carecen de esta característica, reconocido en STC 66/1985, de 23 de mayo o 34/1986, de 21 de febrero; principio de interpretación de conformidad con las Declaraciones Internacionales, que está contemplado en el propio artículo 10.2 de la Constitución, indicado en la STC 78/1982, de 20 de diciembre; principio de interpretación más favorable, que implica que en cuestiones controvertidas el órgano judicial ha de interpretar la legalidad vigente del modo más favorable a la plena efectividad del derecho fundamental afectado (SSTC 34/1983, de 6 de mayo, 66/1985, de 23 de mayo, 73/1986, de 3 de junio ó 159/1986, de 12 de diciembre); principio de interpretación extensiva, que implica la necesidad de que los tribunales entiendan el derecho fundamental en su acepción más amplia, procurando

¹⁸ Véase la doctrina del Tribunal Constitucional Federal en ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Pág. 465.

extender el ámbito del derecho y de las facultades que de él derivan; el principio *pro libertate*, que es una de las manifestaciones del anterior (STC 159/1986, de 12 de diciembre); principio de efecto útil, que supone que cuando una disposición es susceptible de ser entendida en varios significados ha de interpretarse en el más favorable para la eficacia del derecho fundamental (STC 34/1983, de 6 de mayo); o el principio de la limitación de los derechos fundamentales (STC 110/1984, de 26 de noviembre)¹⁹.

Incluso, el Tribunal ha constatado la relevancia interpretativa que mantienen los derechos fundamentales para precisar conceptos generales o de cualesquiera ámbitos de discrecionalidad que, por diferentes motivos, puede disponer el juzgador²⁰. En este sentido, la STC 25/1981, de 14 de julio, en su fundamento jurídico quinto determina:

“Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en el ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución...”.

La STC 53/1985 también afirmó:

“Los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el fundamento del orden público y la paz social.”

Ejemplo de sentencia que recurre a la eficacia mediata de los derechos fundamentales sería la STC 6/1988, en la que el Tribunal emplea los derechos fundamentales para establecer el alcance de conceptos generales que, a su vez, delimitan la relación jurídico-laboral. También el auto 382/1996 asume de una forma evidente la

¹⁹ GODED MIRANDA, M. "Aportación a la terminología y sistemas de los derechos fundamentales". *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Volumen I*. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. 1989. Págs. 265 y sigs.

²⁰ PRIETO SANCHÍS, L. *El constitucionalismo de los derechos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Págs. 216-218.

eficacia mediata de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, conforme la doctrina alemana *mittelbare Drittwirkung*, al indicar:

“...pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven al fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resultan concernidos... Tal obligación se traduce, respecto de los órganos judiciales, en la exigencia de que interpreten y apliquen la legislación ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales. Por lo tanto, deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse una controversia entre particulares...”

Pero, a pesar del contenido de estas últimas resoluciones, como indica Julio Estrada²¹, esta doctrina no ha sido admitida de forma unánime y homogénea por el Tribunal Constitucional español, al limitar sus efectos en el deber de interpretación conforme a la Constitución, sin alentar a la jurisdicción ordinaria a asumir un papel más activo en la creación e integración del Derecho (colmando, por ejemplo, las lagunas del legislador).

Las diversas potenciales facetas de los derechos fundamentales sientan, en suma, nuevos paradigmas en el ámbito de la interpretación que podrían legitimar a la jurisdicción ordinaria a incrementar de forma notable los límites en los que desarrolla su labor interpretativa. La irradiación de los derechos fundamentales hacia todos los ámbitos del sistema jurídico incluye una irradiación de la idea de justicia en todos los ámbitos del Derecho²², lo que plantearía una mayor influencia de la moral en el razonamiento jurídico (conforme a los postulados del juez integrador). Ya Kelsen, conforme a los parámetros del modelo de juez formalista que hemos derivado de su teoría, advirtió de este peligro, posicionándose en contra de esta posibilidad, pues permitía que concepciones morales o ideológicas de los jueces penetraran en la actividad interpretativa. Ferreres²³ ha reseñado

²¹ JULIO ESTRADA, A. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Págs. 133 y sigs.

²² ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Pág. 483.

²³ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia Penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*. Civitas. Madrid. 2002. Págs. 66 y 67.

la necesidad de que este peligro sea aún mayor en el Derecho Penal, donde las soluciones interpretativas que se pueden vislumbrar están sumamente matizadas por el principio de legalidad y de taxatividad, lo que implica que, si bien la doctrina de la interpretación de la ley conforme a la Constitución debe operar en esta rama del Derecho, hay que introducir mecanismos que palien los efectos negativos que esa doctrina puede producir sobre la certeza jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley. Y ello ante la posibilidad de que, bajo concepciones extensivas del papel de los derechos fundamentales, se desvirtúe el modelo constitucional y se derive hacia un Estado jurisdiccional, al quedar desvinculados los órganos jurisdiccionales del principio de legalidad. Es decir, que la omnipresencia de los derechos fundamentales pueda dar lugar a una omnipotencia de los tribunales²⁴.

No obstante todo ello, es lo cierto que las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales serían más propicias que otras más genéricas (principios o valores de configuración más difusa) para fomentar criterios de interpretación de la legalidad al Poder Judicial y para, en suma, incardinarnos en el modelo del juez integrador dworkiano. El propio contenido del artículo 53 de la Constitución confirma esta posición. Aunque se plantea, ante esta realidad, hasta qué punto puede flexibilizarse la interpretación de la ley u otras fuentes y matizarse, por tanto, su tenor literal, ya sea para permitir la efectividad de un derecho fundamental directamente afectado por la decisión judicial, ya lo sea para desarrollar nuevos criterios interpretativos. Como se ha indicado en el anterior apartado respecto de los principios constitucionales, el equilibrio, en todo caso, entre el excesivo decisionismo judicial que puede conllevar el reconocimiento de los derechos fundamentales y los límites a los que está sujeto el Poder Judicial en la interpretación de la Constitución (conformados por la función que en nuestro sistema institucional se atribuye al Tribunal Constitucional en la interpretación de la Norma Fundamental mediante un sistema concentrado de control de constitucionalidad, según se deduce de los artículos 5.1 LOPJ y 163 CE), constituye un reto sobre el que no existen soluciones unánimes.

²⁴ GARCÍA FIGUEROA, A. "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho". *Diritto e questioni pubbliche*. N° 3. 2003. Pág. 208.

4. LA LEY EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL

La ley, ciertamente, no mantiene en la actualidad el valor y las características propias del Estado de Derecho decimonónico. Ahora las leyes no son imagen de una sociedad homogénea, sino que son fruto de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el Derecho. Las nuevas leyes, pactadas, son ahora contradictorias, caóticas, oscuras y expresan la idea de que todo es susceptible de transacciones entre las partes, incluso los más altos valores y los derechos más intangibles. Además, los ordenamientos actuales también son el resultado de una multiplicidad de fuentes que, a su vez, son expresión de una pluralidad de ordenamientos menores que viven a la sombra del estatal²⁵, conduciendo a la postergación de la decisión legislativa y del valor de la unicidad de la ley múltiples factores, como las autonomías territoriales incardinadas en el Estado, el desarrollo de nuevas fuentes sociales del Derecho, el fenómeno de la desregulación o el imparable proceso de transferencia de soberanía a la Unión Europea²⁶, que ha relativizado el valor de la ley al configurar un Derecho propio que regula materias relevantes, como los derechos de los consumidores y usuarios o la cooperación en materia civil y penal, aun a pesar de que su concepción unitaria se ha visto dificultada por su permanente evolución y las singularidades del sistema institucional del que dimana²⁷. Otra realidad que ha influido en este fenómeno es el de las continuas remisiones normativas que se integran en las leyes (ejemplo de ello son las leyes penales en blanco): nos referimos a las, denominadas por Ross, “presuposiciones”²⁸.

Por otra parte, la presencia de la Constitución ha modificado de forma sustancial el valor que tradicionalmente asumía la ley. En este contexto es preciso aludir a la posición institucional que actualmente asume el Tribunal Constitucional, cuyas interpretaciones extensivas o creadoras de las leyes también han generado una alteración de los postulados

²⁵ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Pág. 38.

²⁶ PRIETO SANCHÍS, L. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 23. 2000. Págs. 161-196.

²⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones de Derecho de la Unión Europea*. Editorial Tecnos. Madrid. 2010. Pág. 323.

²⁸ ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 2006. Pág. 169.

iniciales del legislador y, por ende, del principio de legalidad, pues este Tribunal está legitimado para modificar de forma sustancial la regulación legal de una determinada institución o figura jurídica a través de su propia jurisprudencia. Esta facultad -que revela, entre otras cuestiones, la pluralidad y heterogeneidad de las posiciones que coexisten en la teoría de la interpretación jurídica- permite a las cortes constitucionales desde la formulación de recomendaciones hasta la fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales, reformulando o, incluso, transformando de forma relevante el texto legislativo emanado del Parlamento. Se trata de las sentencias que Guastini denomina interpretativas o exhortativas y manipuladoras²⁹.

De esta forma, los criterios clásicos del positivismo han sido puestos en crisis por el advenimiento del constitucionalismo más reciente y por la disgregación de las actuales fuentes jurídicas. Esta evolución, como refiere Prieto Sanchís³⁰, se ha proyectado en dos aspectos teóricos: las fuentes del Derecho y la teoría de la interpretación. En lo atinente a las fuentes, la Constitución ha dotado a los órdenes jurídicos de unos valores y derechos fundamentales que condicionan la validez de las normas inferiores, desplazando la posición monopolística de la ley, por lo que, por todo lo expuesto, la concepción decimonónica de las fuentes del Derecho puede considerarse, por tanto, como superada.

Esta realidad otorga un mayor peso a la actividad judicial, que ahora es más compleja, amplia y heterogénea. Por ello, como indica Pérez Luño³¹, el siglo XX se ha caracterizado por la sustitución, en el pensamiento jurídico, del protagonismo de la ley

²⁹ Guastini define las sentencias manipuladoras como aquéllas en las cuales la Corte Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que le son sometidas o a limitar sus interpretaciones posibles, sino que, además, comportándose como un legislador, modifican directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución. Dentro de estas sentencias encontraríamos: las sentencias aditivas, en las cuales la Corte o el Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada en la parte en que no expresa cierta norma, que debería expresar para ser conforme con la Constitución y que es agregada por el propio Tribunal; y, por otro lado, las sentencias sustitutivas, en las cuales el Tribunal declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, procediendo a anularla y, además, a introducir en el ordenamiento una nueva norma creada por la propia Corte. GUASTINI, R. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Págs. 66-67. También en SANTIAGO, A. "Neoconstitucionalismo". *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina. N° 35 (2). 2008. Págs. 239-264.

³⁰ PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*. Distribuciones Fontamara SA. Méjico. 1997. Págs. 10 y sigs.

³¹ PÉREZ LUÑO, A.E. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y de la teoría del derecho*. Innovación editorial Lagares. Sevilla. 2003. Pág. 24.

por el del juez, caracterizándose la situación actual como una suplantación del derecho legal por el derecho judicial. Zagreblesky, incluso, alude al nacimiento de una nueva concepción del Derecho³².

No obstante, el protagonismo actual de la ley es destacable. De forma que, aun a pesar de todos los fenómenos expuestos, sigue siendo actualmente necesaria una adecuada sistematización de los criterios de validez de las normas jurídicas. Por otra parte, la relevancia de la Constitución y del nuevo modelo de fuentes que configura no soslaya la necesidad de que el juez deba conocer instituciones cuya regulación fundamental se halla en la ley, tanto en el ámbito del Derecho Procesal (cosa juzgada, prejudicialidad, litisconsorcio,...), como en el Derecho sustantivo (regulación de las figuras contractuales, tipos delictivos,...), por lo que toda interpretación jurídica ha de partir del análisis de las figuras e instituciones jurídicas contempladas en la legislación.

Como expresa García de Enterría³³, el valor sacrosanto y absoluto de la ley ha sido relativizado por el valor de los principios del Derecho y por el de la jurisprudencia (ordinaria y constitucional), con su sistema de valores, principios y la eficacia directa de los derechos fundamentales. Pero estos factores, a su juicio, no eliminan el valor relevante de la ley, que sigue siendo instrumento de regulación social, expresión del principio democrático. De forma que, aun reconociendo las regulaciones fragmentarias u ocasionales y el propio fenómeno de la descodificación, ello no permite a las sociedades europeas remitir a un juez libre los problemas últimos del ajuste social de las leyes. El Derecho de nuestras sociedades es un Derecho de base legislativa, en el que las grandes decisiones normativas y de organización del sistema son una función del legislador. La crisis de la ley, por tanto, no alcanza a destronar a la ley (aunque en el contexto de la Constitución) de ese lugar central e insustituible. El juez seguirá siendo un servidor de la Constitución y de la ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales extrae únicamente la fuerza de sus sentencias. Es cierto que una legislación fragmentada, casuística,

³² ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Pág. 34.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*. Civitas. Madrid. 1997. Pág. 56. En todo caso, el trabajo GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Civitas. Madrid. 1981) influyó notablemente a difundir en España la naturaleza de la Norma Constitucional como norma de aplicación directa y el carácter normativo de la Constitución en los años posteriores a su promulgación, como norma vinculante para todos los órganos jurisdiccionales.

cambiante, con partes que caen con frecuencia en obsolescencia por desajustes sistemáticos, el papel del juez se realza. Pero este realzamiento del papel del juez no puede nunca llevarle a la plena independencia respecto de la ley.

En suma, esta distinta presencia que la ley mantiene en nuestro sistema jurídico (fragmentada, cambiante, sometida y condicionada por la Constitución, con mayores ámbitos de discrecionalidad y que ha de ser relacionada e integrada con la normativa europea y la doctrina jurisprudencial) no permite eliminar el valor relevante que la misma mantiene en la actualidad. El conocimiento de las instituciones jurídicas que regula sigue siendo determinante en la labor del jurista, aunque ahora se exige el dominio de facetas de lo que hemos denominado la “interpretación del Derecho”, en orden a relacionar los preceptos de una norma legislativa con otras normas -europeas, legislativas o reglamentarias-, o con la jurisprudencia. La influencia de la ley, por tanto, es muy notable, aunque en la actualidad es insuficiente para el desarrollo de una interpretación justificativa e integral en el Derecho.

5. EL VALOR Y LA NATURALEZA DE LA JURISPRUDENCIA

5.1. La naturaleza de la jurisprudencia.

Al amparo del examen efectuado de las teorías que fundamentan los diferentes modelos de juez que hemos elaborado surge la problemática delimitación de la naturaleza y el valor que en el Derecho, más concretamente en el español, se ha de otorgar a la jurisprudencia emanada de los tribunales. Obvio es reconocer la relevancia que ostenta actualmente la jurisprudencia. Su referencia es habitual en las resoluciones judiciales, de modo que es muy frecuente la inclusión de referencias jurisprudenciales en los procesos de interpretación que desarrollan los jueces. Todos los modelos de juez surgidos desde las diferentes teorías analizadas en el presente trabajo parten del reconocimiento del valor vinculante del precedente. Incluso, Kelsen reconoció la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales dictaran normas generales³⁴.

³⁴ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Autónoma de Méjico. Méjico. 1982. Págs. 258 y sigs.

Ciertamente, es reseñable la diferente relevancia que en las culturas jurídicas anglosajona y continental europea ha asumido la vinculación del juez a la jurisprudencia, como pone de manifiesto Ordóñez Solís³⁵. El precedente constituye un signo de identidad de la cultura jurídica anglosajona, aunque ha evolucionado de forma significativa, fundamentalmente, por la irrupción de la legislación en los sistemas jurídicos anglosajones de la legislación, que ha matizado la importancia preponderante de la jurisprudencia, y por la influencia que en aquella tradición ha ejercido el Derecho continental europeo a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Derecho de la Unión Europea. En la cultura jurídica continental europea ha sido a la inversa. Se ha partido de que el juez está únicamente sometido al imperio de la ley y se ha terminado por imponer la evidencia de la importancia que tiene la jurisprudencia en la resolución judicial de controversias, para lo que ha tenido una importancia fundamental la consagración de la supremacía de la Constitución y la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De modo que se ha producido una convergencia recíproca de ambas tradiciones jurídicas.

Sin embargo, es llamativa la escasa presencia de alusiones a la jurisprudencia en la legislación española, más allá de la referencia contenida en el artículo 1.6 del Código Civil, que sitúa a la doctrina de los Tribunales como un mero complemento del ordenamiento jurídico vigente. La Constitución, por otra parte, expresa que los jueces están únicamente sometidos al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), aunque reconoce a la jurisprudencia en su artículo 161.1.a), al detallar que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta...” . Llama la atención que la LOPJ, desde la reforma que tuvo lugar mediante la LO 19/2003, no contenga una sola referencia a la palabra “jurisprudencia”. El artículo 12.3 de la LOPJ enfatiza, aún más, las reticencias en nuestro Derecho al reconocimiento de la jurisprudencia como norma general, al concretar: “Tampoco podrán los jueces y Tribunales ... dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”.

³⁵ ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del juez en una sociedad democrática*. Thomson aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2004. Págs. 106, 107.

Ciertamente, la jurisprudencia ha tenido un mayor reconocimiento en la legislación procesal. Incluso, el Tribunal Supremo ha considerado como error judicial el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia (STS de 20 de febrero de 2007³⁶).

Ante esta situación, la doctrina española, mayoritariamente, es partidaria del reconocimiento del valor vinculante del precedente³⁷, entre la que podemos mencionar - en el orden Penal- a Bacigalupo³⁸, que propugna esta consideración con fundamento en la seguridad jurídica, y -en el Civil- a Xiol Ríos³⁹, quien asume la necesidad de que se proceda al reconocimiento expreso de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento, aunque no como fuente del derecho *strictu sensu*, sino como “precedente judicial”, concepción que permitiría la armonización del valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de la independencia judicial⁴⁰.

Otros autores se sitúan en contra el reconocimiento del valor vinculante del precedente, como es el caso de Peces Morate⁴¹, en base a la libertad del juez en la

³⁶ XIOL RÍOS, J.A. “El valor vinculante de la jurisprudencia”. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Samper Juen, J. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 421 a 433.

³⁷ Como proclives a la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho a: Planiol, Sánchez Román, Castán Tobeñas, Robles Álvarez de Fuentemayor, Puig Brutau, D’ors, Esser, De la Vega Benayas, Ogáyar Ayllón, De Diego o Sbisá. En contra de este reconocimiento a favor de la jurisprudencia se encontrarían: Valverde y Valverde, De Buen, Díez-Picazo, Albaladejo García, Lacruz Berdejo, O’Callaghan Muñoz, Oliva Santos, Castro y Bravo o De los Mozos, entre otros. BLASCO GASCÓ, F. de P. “Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial”. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Samper Juen, J. (coord.). Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 196 y 197.

³⁸ BACIGALUPO, E. “Jurisprudencia y seguridad jurídica”. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Samper Juen, J. (coord.). Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 131-152.

³⁹ XIOL RÍOS, J.A. “El valor vinculante de la jurisprudencia”. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Samper Juen, J. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Páginas 421 a 433.

⁴⁰ FERRERES V., XIOL RÍOS JA., LAPORTA FJ. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Asociación coloquio jurídico europeo. Madrid. 2010. Pág. 18.

⁴¹ PECES MORATE, J.E. “Valor de la jurisprudencia”. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Samper Juen, J. (coord.). Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 17-108.

interpretación y aplicación de las normas, o Alejandro Nieto⁴², al considerar que las doctrinas contradictorias son compatibles, puesto que la función del juez es la resolución de conflictos individuales, y no la de generalizar sus razonamientos:

"... los jueces y, en general, todos los operadores jurídicos, ... a la hora de resolver conflictos posteriores, generalizan la regla particular y abstraen la regla concreta, equiparando la doctrina de una sentencia a una norma general. Una práctica que por sí misma no es reprochable, dado que contribuye a la precisión del ordenamiento jurídico y robustece la seguridad jurídica. Lo que resultar ilegítimo, en cambio, es la transformación de la naturaleza de la regla judicial concreta, que en ningún caso puede convertirse en una norma general. El juez que ha de elaborar en cada litigio la regla concreta de su resolución puede aprovecharse de lo que hayan hecho los jueces anteriores, pero siempre a conciencia de que no está manejando una norma general".⁴³

Parte de la doctrina mantiene una posición intermedia, como Giménez García⁴⁴, que postula el carácter vinculante de la jurisprudencia, aunque no de forma absoluta e imperativa, sino en base a su *auctoritas*, de forma que el tribunal inferior pueda discrepar, motivadamente, de la jurisprudencia precedente, pues sólo así se permite al juez desarrollar su dimensión argumentativa y justificativa, en la que se proyectan los valores y derechos de la persona, y, asimismo, se garantiza la propia evolución de la jurisprudencia, pues en numerosas ocasiones el cambio jurisprudencial viene incentivado por nuevos planteamientos o nuevas respuestas dadas por los Tribunales de instancia. Ejemplo de ello podría ser la sentencia de la Sala Segunda de 16 de Septiembre de 1982, por la que al Alto Tribunal modificó su previa doctrina jurisprudencial al admitir como circunstancia eximente o atenuante la adicción a las drogas, que fue invocada por la

⁴² NIETO, A. "Visión Doctrinal de la jurisprudencia". *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Samper Juen, J. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Pág. 124. No obstante, este autor cuestiona cómo el paradigma dominante admite la existencia de sentencias contradictorias sobre materias similares: "Si tenemos en cuenta, no obstante, la extraordinaria y constatada abundancia de sentencias contradictorias y el escaso número de ellas que se armonizan a través de los remedios procesales disponibles, desembocamos en la paradoja de tener que aceptar una realidad que ni el ordenamiento jurídico tolera ni el paradigma dominante acierta a explicar ... la existencia de resoluciones contradictorias, además, choca frontalmente con los principios constitucionales de la seguridad jurídica, de la igualdad y de la interdicción de la arbitrariedad, que cristalizan en la fórmula de la vinculación del precedente". NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. 2000. Pág. 53.

⁴³ NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. 2000. Págs. 105, 106.

⁴⁴ GIMÉNEZ GARCÍA, J. "El recurso de casación penal. Origen y caracteres. La jurisprudencia vinculante ¿imperium o auctoritas?". *Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2011.

Audiencia Provincial de San Sebastián y admitida como tal por la sentencia aludida. Todo ello con anterioridad a que el legislador admitiera expresamente esta circunstancia entre las modificativas de responsabilidad penal, mediante la LO de 24 de marzo de 1988.

Ferreres⁴⁵, en esta misma posición, considera que sería lícito separarse motivadamente del precedente propio o ajeno, en función de su valor intrínseco y argumental. Admite que no se puede afirmar ni negar con rotundidad que la jurisprudencia, dadas sus peculiaridades, sea fuente del Derecho, pues presenta una combinación de rasgos que la alejan de los casos paradigmáticos de fuentes del Derecho, aunque sin que quepa posicionarse en el extremo contrario. Por ello, propone, también como Varela⁴⁶, la posibilidad de que los jueces inferiores puedan plantear cuestiones interpretativas a los superiores, expresando las razones de su disenso con suspensión de la decisión del caso, lo que no sólo implicaría a los órganos inferiores en la evolución de la jurisprudencia, sino que permitiría satisfacer el *ius litigatoris*. Esta última posición sería más próxima a los postulados propios del juez activista, del realismo jurídico de Frank o de Llewellyn, autores que ponen de manifiesto la posibilidad de que el juez se aparte de previos precedentes, mediante el recurso a las distintas técnicas propias de la aplicación de los mismos (*overruling, distinguishing,...*), si bien en el caso de los autores realistas con el objeto esencial de alcanzar determinados objetivos sociales o de *policy*.

Nuestra jurisprudencia ha consagrado, en cierto sentido, la posición intermedia, al compatibilizar el carácter vinculante del precedente con la evolución jurisprudencial y las disensiones entre los órganos jurisdiccionales, aunque exigiendo para estos últimos supuestos un plus de motivación:

“Aunque sea obvio, hay que recordar que una interpretación contraria o que disienta de la realizada por el Tribunal Supremo, no la convierte en arbitraria o, en su caso, prevaricadora, pues el sistema permite la disidencia siempre que esté motivada... Es

⁴⁵ FERRERES V., XIOL RÍOS J.A., LAPORTA F.J. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Asociación coloquio jurídico europeo. Madrid. 2010. Pág. 18.

⁴⁶ VARELA CASTRO, L. “Los límites de la libertad del juez al decidir”. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II. Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., Orts Berenguer, E. (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Págs. 1917-1950.

obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales para poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del Derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolución necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas. La vinculación que debe existir en la aplicación de la norma entre órganos jurisdiccionales, horizontal y vertical, permite la disensión, que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto de la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.” (STS nº 101/2012, Sala Segunda, de 27 de febrero de 2012, FD 7º, párr. 10)

Pero los supuestos que podrían permitir la desvinculación del precedente, en última instancia, no son de nítida concreción, aunque, frecuentemente, tales eventualidades se suelen generar: ante las singularidades apreciadas en el supuesto de hecho enjuiciado; por nuevas aportaciones introducidas, ya doctrinales, ya de tribunales internacionales o *ad hoc* (entre las que incluiríamos las del Tribunal Constitucional); así como ante modificaciones legislativas, no sólo de la norma aplicada, sino de otras posibles normas vinculadas con la interpretada.

5.2. La jurisprudencia en las jurisdicciones Civil y Penal.

Si el valor de la jurisprudencia es discutido, también lo es si dicho valor ha de ser idéntico en el ámbito de las diferentes jurisdicciones, pues es obvio que cada una de ellas aplica normas comprendidas en disciplinas jurídicas que gozan, cada una de ellas, de propias singularidades en lo atiente, al menos, a las fuentes del Derecho⁴⁷. Destacable es, en este ámbito, el mayor reconocimiento legal que la jurisprudencia mantiene en el orden Civil respecto del Penal. Así, la LEC del año 2000, alude de forma tangencial a la jurisprudencia tanto en el artículo 477 como en el artículo 490. En el primero, al determinar que las sentencias, para ser recurridas en casación, entre otros supuestos, han de tener “interés casacional”, entendiendo la existencia de éste cuando exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la materia en cuestión. No

⁴⁷ Como sucede, por ejemplo, en la jurisdicción laboral con los convenios colectivos, en la contenciosa con la relevancia de los reglamentos dictados por la Administración o en la Penal con los principios propios de esta rama del Derecho, como el principio de legalidad, que mantiene una relevancia destacable. Aquí nos referiremos a la jurisdicción Civil y Penal.

obstante, sólo se admite como motivo del recurso de casación la infracción de ley (y no de jurisprudencia). En el segundo artículo referido, al aludir a la “unidad de la doctrina jurisprudencial” en la regulación del recurso en interés de ley, así como al determinar que la sentencia que se dicte en la resolución de este recuso se publicará en el Boletín Oficial de España y vinculará a todos los jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil (artículo 493 LEC), también trasladable el recurso en interés de ley contemplado en la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 100.7 de la Ley reguladora de esta jurisdicción de 1998). No obstante, nuestra legislación procesal civil no es nítida al abordar la temática de la jurisprudencia, pues en su Exposición de Motivos la LEC 1/2000 expresa: “En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del derecho objetivo-, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica”.

En contraste con estas ambiguas referencias, hay una ausencia de mención a la jurisprudencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: ni en los motivos del recurso de casación (el artículo 877 LECrim. sólo alude a la infracción de la ley) ni en los requisitos para su procedencia.

No obstante, en lo atinente al Derecho Penal, compartimos con Ferreres⁴⁸ la opinión -sostenida también por Alexy, Ralf Dreier, Michele Tartuffo y Massimo de la Torre- de que, sin perjuicio de las peculiaridades existentes en aquél, la figura del precedente puede seguir existiendo, en la medida en que a través del mismo se fija la interpretación que hay que dar a la ley, como enfatiza la STS 101/2012, anteriormente aludida, dictada por la Sala de lo Penal. Ahora bien, las singularidades del Derecho Penal obligan a considerar, como refiere Varela⁴⁹, unas cuestiones relevantes que están presentes en la interpretación de las normas existentes en este sector del Derecho. En primer lugar, el peso del principio

⁴⁸ FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia Penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*. Civitas. Madrid. 2002. Págs. 212, 213, 218.

⁴⁹ VARELA CASTRO, L. “Los límites de la libertad del juez al decidir”. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II. Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., Orts Berenguer, E. (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Págs. 1917-1950.

de legalidad, que, a su juicio, ha de ser contemplado como un principio de determinación hacia el Derecho vivo, es decir, hacia la interpretación ya reiterada de la ley. Y en segundo lugar, la relevancia que en el orden jurisdiccional penal asumen las modificaciones jurisprudenciales, fundamentalmente cuando tienen lugar en perjuicio del reo, dado que podrían conculcar el principio de la irretroactividad de la norma penal desfavorable (artículo 9.3 CE).

No obstante, para eludir esta última problemática se podría plantear la posibilidad de acudir a la técnica del *prospective overruling*, conforme a la cual se anuncia el nuevo criterio que habrá de seguirse en el futuro, pero al mismo tiempo se falla el caso sometido a decisión según el criterio anterior, técnica que ha sido empleada por la Corte norteamericana a partir de considerar los intereses de la parte afectada por el cambio “in the law”⁵⁰.

5.3. La jurisprudencia, la discrecionalidad y la seguridad jurídica.

Los términos en que se conciba la jurisprudencia o la figura del precedente influyen de forma relevante en la concepción de la interpretación judicial y en los límites de la discrecionalidad del juez, dado que en la medida en la que el juez esté más vinculado con la doctrina jurisprudencial, menor margen de discrecionalidad dispondrá, pues la exclusiva vinculación del juez a la ley lo situaría con un mayor margen de decisión.

Parte de la doctrina considera que el principio de sumisión del juez a la ley, contemplado en el artículo 117.1 CE, ha de ser entendido como sumisión del juez a los términos en los que la misma es interpretada por los órganos superiores. En esta línea, y con el objeto de contrarrestar los riesgos derivados del voluntarismo o decisionismo judicial, Varela⁵¹ propone la construcción de una teoría sobre el control de la libertad judicial sobre la base del valor vinculante del precedente, sugiriendo una interpretación

⁵⁰ Vide los casos reportados en 287 U.S. 358; 308 U.S. 371; 375 U.S. 411; 377 U.S. 13; 392 U.S. 481; 393 U.S. 544; 395 U.S. 701; 399 U.S. 204; 458 U.S. 50; etc.). SODERO, E. "Sobre el cambio de los precedentes". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 21. Octubre 2004. Págs. 217-254.

⁵¹ VARELA CASTRO, L. “Los límites de la libertad del juez al decidir”. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II. Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., Orts Berenguer, E. (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Págs. 1917-1950.

del principio de legalidad que reclame un principio de determinación en el Derecho vivo o *in action* y que presuponga una sumisión a la ley de acuerdo con el contenido que a la misma le atribuya el Tribunal Supremo al decidir en casación.

La finalidad del precedente o, más exactamente, de la vinculación del precedente es la defensa de la seguridad jurídica. En qué términos ha de convivir dicha seguridad con la posible discrecionalidad de los jueces, con el desarrollo o modificación de la doctrina jurisprudencial (el denominado *overruling*), en qué medida puede modificarse la jurisprudencia sin afectar al principio de legalidad y al de retroactividad de las leyes o cómo los órganos inferiores pueden proponer una evolución de ésta cuando enjuicien casos que gocen de cierta singularidad son cuestiones sobre las que no existe un acuerdo unánime, aunque nuestro Tribunal Constitucional ha pretendido compatibilizar los diferentes aspectos aludidos al expresar:

“La seguridad jurídica responde a la armonización de los aspectos materiales y formales de la seguridad con los demás valores y principios constitucionales, especialmente con la justicia, la libertad y la igualdad, ponderando su significado en un Estado social y democrático de Derecho en el que no cabe concebirla como un factor de inmovilismo jurídico antinómico respecto de esos valores.”⁵²

Se admitiría, desde esta posición, que el juez llamado a decidir un caso cuya materia ha sido resuelta en fallos anteriores someta los precedentes a un test de fundamentación racional, para decidir si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente⁵³. Por ello, como indica Alexy⁵⁴, quien quiera apartarse del precedente deberá mantener la carga de la argumentación. Todo ello sin perjuicio del recurso a la técnica del *distinguishing*, que permitiría soslayar la regla en el caso dejando al mismo tiempo incólume –al menos formalmente– el precedente, estableciendo distinciones entre los hechos enjuiciados y los indicados en el precedente.

⁵² PÉREZ LUÑO, A.E. *La seguridad jurídica*. Ariel Derecho. Barcelona. 1991. Págs. 27 y sigs.

⁵³ SODERO, E. "Sobre el cambio de los precedentes". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Número 21. Octubre 2004. Págs. 217-254.

⁵⁴ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Pág. 493.

En todo caso, la cuestión que late en la naturaleza del precedente es si el juez debe someterse al mismo, incardinando su discurso en términos más justificativos (más próximos a la teoría dworkiana y al modelo del juez integrador), o si, por el contrario, se puede entender la labor de interpretación de los órganos judiciales, en términos más positivistas, que ha de implicar -aun parcialmente- un acto de voluntad que no puede ser delimitado en su totalidad por métodos precisos (juez formalista kelseniano).

6. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Uno de los aspectos que se plantean en las cuestiones que son objeto de estudio en el presente trabajo es el papel que puede asumir la función judicial en la actividad interpretativa, es decir, en qué medida en los procesos de interpretación el juez es creador de nuevo Derecho y cuáles han de ser los fronteras de la discrecionalidad judicial, para el caso de que se presuponga la misma.

Ante los fundamentos y criterios tan heterogéneos que sobre la interpretación jurídica se deducen de los postulados de los distintos modelos de juez propuestos es procedente analizar qué posiciones asume el Derecho español y, más concretamente, nuestra doctrina y jurisprudencia sobre esta cuestión: cuáles son los criterios en virtud de los cuales los órganos jurisdiccionales desarrollan la interpretación o las peculiaridades que la misma ostenta en cada orden jurisdiccional.

6.1. Los criterios de la interpretación judicial en la doctrina española.

La jurisprudencia española, en lo concerniente a los criterios de interpretación, ha aludido, tradicionalmente, en el Derecho Civil, aunque con aplicación también en los demás, a los medios de interpretación ya propuestos por Savigny, que distingue cuatro: gramatical, lógico, histórico y sistemático, optando por un criterio objetivo en la concreción de la voluntad del legislador (proponiendo la concreción de la voluntad de la ley⁵⁵). Todo ello en virtud del contenido del artículo 3.1 del Código Civil, que dispone: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el

⁵⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*. Madrid. Civitas. 1984. Pág. 467.

contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”

No obstante, el contenido de esta disposición no ha sido valorado positivamente por nuestra doctrina de forma unánime. En este sentido, Hernández Gil⁵⁶ mantiene que la doctrina objetiva de la interpretación, reflejada en el artículo 3.1 del Código Civil, atenta contra la seguridad jurídica. Díez-Picazo y Gullón⁵⁷ sostienen que el método histórico-evolutivo es un riesgo para la citada seguridad. Ruiz Miguel ha calificado los criterios del artículo 3.1 del Código Civil como un "batiburrillo de criterios que permiten interpretaciones diversas y hasta contradictorias", reseñando la persistencia en los sistemas jurídicos actuales de tres problemas sistemáticos, a pesar de las soluciones legales, judiciales y doctrinales propuestas: las lagunas, las antinomias y las redundancias normativas. Los tres constituyen importantes huecos en la presunción de la racionalidad del legislador y hacen necesariamente creativa la labor de la búsqueda de los criterios a utilizar en el caso⁵⁸.

Asimismo, Ansuátegui Roig⁵⁹ critica el contenido del artículo 1.1. del Código Civil al considerar que, en primer lugar, supedita el Derecho judicial a la ley, la costumbre y los principios del Derecho, lo que si bien puede ser admitido respecto de la primera, podría ser más discutible respecto de las dos últimas fuentes. En segundo lugar, porque concibe de forma restrictiva la jurisprudencia, puesto que sólo la atribuye al Tribunal Supremo, y no a los órganos inferiores. Y en última instancia, porque deslinda de forma

⁵⁶ HERNÁNDEZ MARÍN, R. "Sentidos de los enunciados jurídicos y principio de legalidad". *Estudios de Filosofía de Derecho Penal*. Díaz y García Conlledo, M. y García Amado, J.A. (coord.). Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2006. Pág. 356.

⁵⁷ Díez-PICAZO, L y GUYÓN, A. *Sistema de derecho civil. Vol I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid. Editorial Tecnos. 1985. Pág. 183.

⁵⁸ RUIZ MIGUEL, A. "Creación y aplicación en la decisión judicial". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nº 1. 1984. Págs. 14 y 15.

⁵⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. "Creación judicial de Derecho: crítica de un paradigma". VV. AA. *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor G. Losano*. IDHBC-Dykinson. Madrid. 2006. Págs. 519-554.

poco precisa la creación-aplicación del Derecho del concepto de interpretación⁶⁰. Para Dworkin, los medios interpretativos constituyen un medio para descubrir los derechos de los litigantes (los conceptos de intención de la ley y los principios del derecho consuetudinario son recursos para la aplicación de su teoría política general a problemas controvertibles sobre los derechos⁶¹). Zagrebelsky⁶² parte de la consideración de que los métodos de interpretación no son definitivos: el método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, justificable en un ordenamiento dado. Por ello, no debe admitirse un solo método, pues el pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica. Posición mucho más radical es la defendida por Nieto, que, asumiendo criterios propios del realismo jurídico, afirma que lo verdaderamente importante para los jueces no es desarrollar el camino hermenéutico que lleva al fallo, sino justificar el por qué se ha seguido precisamente ese método y no otro que nos llevaría directamente al resultado contrario. La sospecha, entonces, puede formularse así: el juez ha adoptado primero la solución A y luego, para justificarla, ha escogido el método interpretativo A porque es el que sirve para razonar su objetivo inicial⁶³. La ley, para Nieto, está en manos del juez, quien puede hacer con ella casi lo que le plazca⁶⁴.

⁶⁰ Al indicar en el apartado 1.6: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

⁶¹ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Pág. 177.

⁶² ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Págs. 134 a 135.

⁶³ NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona. 2000. Pág. 35. Nieto cuestiona que, realmente, los métodos de interpretación tengan valor en sí mismos. Sólo ocultan el arbitrio (la discrecionalidad) judicial: "Durante la larga noche histórica del positivismo legalista se inventaron no pocos remedios caseros, algunos técnicamente muy refinados para ayudar al juez a superar la prohibición del non liquet: los cánones hermenéuticos, la colmatación de lagunas legales, la evolución implícita del ordenamiento, los principios generales, los conceptos jurídicos indeterminados y tantos otros. Ahora bien, a poco que se reflexione, pronto se descubre que se trata de formulaciones que únicamente pueden funcionar a través del arbitrio judicial, cuya existencia se pretendía esconder." NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. 2000. Pág. 264.

⁶⁴ NIETO, A. y FERNÁNDEZ, R.T. *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Editorial Ariel. Barcelona. 1998. Pág. 159.

No hay que olvidar, en última instancia, que los criterios tradicionales contemplados en el artículo 3.1 del Código Civil para dirigir la interpretación judicial estaban contemplados para un legislador decimonónico, que partía de la consideración de que todas las leyes conformaban una unidad en el ordenamiento jurídico, de forma que las concretas disposiciones legislativas no eran más que partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectual. Éste es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía⁶⁵, dos métodos de interpretación que, en presencia de una laguna, permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el sistema. La sistematicidad acompañaba, por tanto, a la plenitud del Derecho.

Ordóñez⁶⁶ considera que en la elección de los métodos de interpretación el juez revela sus propios intereses o la dimensión política de la decisión judicial a la que pretende llegar o que, una vez alcanzada, debe justificar, asumiendo también la revolución que, en la interpretación del Derecho actual, ha supuesto la atribución a la Constitución del carácter de norma jurídica fundamental, pues ello ha tenido una influencia decisiva en el empleo de los métodos de interpretación que mejor permiten acomodar el sentido y el alcance de las normas a los principios y valores constitucionales.

Hay que recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha incrementado notablemente los criterios y principios que pueden y deben guiar la interpretación judicial, esencialmente vinculados con la posición central de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, ahondando así en el efecto irradiador de nuestra Norma Constitucional. Y si bien el Tribunal ha admitido los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, ha situado esta disposición legal en el marco del paradigma constitucional, al afirmar:

"Las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3.1 del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo de la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian

⁶⁵ Dworkin, parafraseando a Kant, afirma: "La analogía sin teoría es ciega. La analogía es una forma de presentar un conclusión, no es alcanzarla, es la teoría la que debe hacer el trabajo pesado". DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Pág. 83.

⁶⁶ ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Thomson civitas. Cizur Menor (Navara). 2004. Págs. 92-93.

desde el momento en el que el texto constitucional se convierte en el contexto en el que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales." (STC 253/1988, de 20 de diciembre)

En todo caso, el criterio de la voluntad objetiva de la ley por el que optó el legislador en el artículo 3.1 del Código Civil suscita la dificultad de determinar cuál es esa pretendida voluntad, la cual puede ser diferente en función de los criterios interpretativos de los que partamos (del juez formalista, juez creador, juez integrador, ...).

En el ámbito del Derecho Penal no existe tampoco una postura doctrinal unánime sobre los criterios en torno a los cuales se ha de desarrollar la interpretación. Así, por ejemplo, la interpretación teleológica es concebida por la doctrina desde distintas perspectivas: con carácter objetivo (el enunciado jurídico-penal tiene fines independientes de las pretensiones del legislador), subjetivo (pretende indagar en los fines del legislador histórico), existiendo posturas eclécticas que pretenden aunar estas posiciones. Así, Engisch se inclinaría por la teoría subjetiva, Gimbernat Ordeig por la objetiva y Cuerda Riezu por una posición ecléctica⁶⁷.

Las heterogéneas posiciones doctrinales aludidas muestran, como indica Santos Pérez⁶⁸, que las técnicas interpretativas tradicionales no pueden sustraerse a la interpretación, pues la teoría de Dworkin (Derecho como integridad), con los parámetros propios del modelo de juez integrador que hemos derivado de aquella, obliga a revisar el canon interpretativo de la "interpretación sistemática" desde su concepción principialista del orden jurídico, así como el canon vinculado a la voluntad del legislador, al someter a este último a una reinterpretación en términos de un sistema de principios de moralidad política.

⁶⁷ Engisch (*Introducción al pensamiento jurídico*. Granada. 2001) se inclinaría por la teoría subjetiva. Gimbernat Ordeig (*Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Madrid. 1999) se inclina por la objetiva. Cuerda Riezu (*El legislador y el Derecho Penal*. Madrid. 1991), por una posición ecléctica. Citados por SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal". *Estudios de Filosofía de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Pág. 373.

⁶⁸ SANTOS PÉREZ, M.L. "Apuntes para una teoría de la argumentación jurídica en el marco del nuevo constitucionalismo". *Revista Letras Jurídicas*. Nº 18. Julio 2008. Pág. 5.

Por ello, lo expuesto, nos retrotrae, nuevamente, a la concepción del Derecho y a la propia concepción de legalidad desde la que se parte. Como refiere Zagreblesky⁶⁹, cada método de interpretación remite a una cierta concepción ontológica del Derecho. Ya Dworkin⁷⁰ indicó que no podemos identificar los criterios correctos para decidir qué es realmente el Derecho sin usar y defender una concepción de la legalidad. Las concepciones de la legalidad difieren sobre qué tipos de estándares son suficientes para satisfacer la legalidad y cómo estos estándares deben ser establecidos con antelación. Una concepción de la legalidad es, en consecuencia, una visión general sobre cómo decidir qué juicios particulares acerca del Derecho son verdaderos.

6.2. La interpretación en la jurisprudencia española. Los límites de la interpretación.

Existen numerosas instituciones y figuras jurídicas reguladas en el Derecho español que han sido desarrolladas por nuestra jurisprudencia, generando, en múltiples ocasiones, nueva y amplia doctrina que ha ampliado el contenido de los preceptos legales y reglamentarios y que, por tanto, se ha constituido en fuente jurídica imprescindible para la necesaria interpretación que del conjunto de las normas del sistema desarrollan los jueces y magistrados. Así, el sentido literal o gramatical de los términos legales ha sido ampliamente superado, en ocasiones, por otros criterios interpretativos, como el teleológico o el sistemático, tanto en el Derecho Civil, como en el Derecho Penal. Incluso, llegando a soslayar la literalidad de los términos legales.

La jurisprudencia, por tanto, ha desarrollado doctrina, no solamente ante la ambigüedad o generalidad de los conceptos incluidos en las normas, sino también ante auténticas lagunas jurídicas. Ejemplo de ello sería, en el Derecho Civil: la doctrina denominada *aliud pro alio*, que surge a partir del artículo 1.166 del Código Civil, permitiendo instar la resolución contractual en una compraventa, por inhabilidad del objeto, cuando se entrega una cosa inadecuada para cumplir la finalidad para la que se vendió, facultando para invocar la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 del

⁶⁹ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Págs. 134 y 135.

⁷⁰ DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007. Págs. 188 y 196.

Código Civil (SSTS de 30 de noviembre de 1972, 24 de abril de 1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977, 23 de marzo de 1982, 12 de abril de 1993, y 17 de febrero y 25 de octubre de 1994, 16 de noviembre de 2000, 23 de diciembre de 2002,...); la doctrina construida en torno a la resolución contractual contemplada en el artículo 1124 del Código Civil, que concreta los requisitos y presupuestos en los que es procedente la citada resolución (sobre retraso en el cumplimiento de la obligación: SSTS de 23 de octubre de 1957; 5 de diciembre de 2.002, 16 de mayo de 2007, ...; sobre la distinción entre incumplimiento esencial e incumplimiento parcial o defectuoso: SSTS de 29 de febrero de 1988, 26 de abril de 1988, 25 de mayo de 1988 y 3 de septiembre de 1988, 21 de septiembre de 1988,...); las excepciones que pueden invocarse frente a dicha acción, la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus* (SSTS de 10 mayo 1989, 12 julio 1991, 17 febrero 2003, 21 marzo 1994, 22 octubre 1997,...); la numerosa jurisprudencia generada en el ámbito del contrato de seguro, como la que distingue entre cláusulas delimitadoras del riesgo, no reguladas expresamente en la Ley del Contrato de Seguro, y las limitativas de los derechos del asegurado, que vienen expresamente reconocidas en la legislación (SSTS de 24 de febrero, 5 de junio de 1997, 10 de febrero de 1998, 3 de marzo y 28 de mayo de 1999, 16 de octubre de 2000, 2 de febrero de 2001, 11 de septiembre de 2006, 1 de marzo de 2007, 30 de diciembre de 2005,...); o el amplio desarrollo de la Ley de Propiedad Horizontal (sobre las mayorías exigidas para la adopción de acuerdos: SSTS de 23 de julio de 2004, 2 de noviembre de 2004, 6 de julio de 2005, 31 de marzo de 1995,...; sobre pago de gastos comunes: sentencias de las Audiencias Provinciales de: Madrid, de 22/4/2008; de Gerona, de 30/4/2008; de Madrid, de 22/7/2008; de Las Palmas, de 4/11/2008,...); así como la ingente doctrina existente en materia de responsabilidad extracontractual⁷¹, en la que la evolución jurisprudencial ha admitido diferentes criterios de imputación de la responsabilidad, desarrollando la normativa contemplada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil y en la legislación especial vigente sobre esta materia (responsabilidad objetiva, aplicada a actividades peligrosas pero aceptadas socialmente

⁷¹ Expresivo de la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia extracontractual es el artículo de Roca Trías, "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", donde se describen los diferentes criterios de imputación que ha mantenido el Tribunal Supremo en esta materia. ROCA TRÍAS, E. "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Nº 4. Barcelona. Octubre de 2009.

por su relevancia o necesidad, como la circulación de vehículos a motor, SSTS 31 de enero de 1986, 8 febrero de 1991, 4 de junio de 1991, 23 de septiembre de 1991, 20 de enero de 1992, 12 de julio de 1994, 4 de febrero de 1997 y 13 de julio de 1999; la responsabilidad por riesgo, aplicada generalmente a actividades no necesarias, como deportes: SSTS de 8 de noviembre de 1990, 7 de abril de 1997, 17 de octubre de 2001,...; responsabilidad por culpa: SSTS de 22 de abril de 1987, 7 de diciembre de 1987, 17 de julio de 1989, 8 de marzo de 1995, 4 de junio de 1991, 17 de noviembre de 2001, 24 de julio de 2008, 5 de julio de 2001, ...)

En el ámbito Penal, la jurisprudencia ha desarrollado de forma profusa los distintos elementos y requisitos contemplados en los diferentes tipos penales (delito de robo: SSTS de 27 de abril de 2001, 6 de marzo de 1991, 3 de octubre de 2002, 20 de octubre de 2000,... ; delito de receptación: SSTS 29 de septiembre de 2001, 5 de octubre de 2006, 27 de enero de 2006, 4 de junio de 2007,...; delito de homicidio: SSTS 268/1996, de 20 marzo y 1281/1997, de 20 octubre, 923/1996, de 22 de enero de 1997; 302/1997, de 11 de marzo; 636/1997, de 12 de mayo, 490/1998 o la 736/2000, de 17 de abril,...), así como en la parte general los elementos propios de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o las circunstancias agravantes y atenuantes, como se ejemplifica en el reconocimiento que, como atenuante, la jurisprudencia concedió a las dilaciones indebidas acaecidas durante la tramitación de los procesos, al amparo del antiguo artículo 21.6 del Código Penal⁷² (en adelante, también como CP), que posteriormente ha sido recogida expresamente en el Código Penal, como se declara en, por ejemplo, las sentencias 32/2004, de 22 de enero, 322/2004, de 12 de marzo, y 1250/2005, de 28 de octubre, del Tribunal Supremo, entre otras muchas, que siguen el criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable». También en la profusa jurisprudencia que ha desarrollado los criterios para apreciar en supuestos de drogadicción la atenuante del artículo 21.2 CP o la eximente contemplada en el artículo 20.2 CP (SSTS de 11 de mayo de 2010, 616/1996, de 30 septiembre, de 21 de diciembre de 1999, 14 de julio de 1999, 31 de marzo de 1997,...).

⁷² Dicho artículo se refería a "cualquier otra circunstancia de análoga significación".

Supuestos en los que la doctrina ha dado respuesta a lagunas en sentido estricto serían, en el Derecho Civil, la doctrina de la accesión invertida o la doctrina del levantamiento del velo. Esta última recogida de forma pionera en la jurisprudencia española en la STS 1196/1984, de 28 de mayo de 1984. La doctrina de la accesión invertida fue aludida de forma expresa en nuestra jurisprudencia en la STS de 31 de mayo de 1949, aunque ya existían referencias a esta doctrina en la STS de 30 de junio de 1923⁷³.

La amplia doctrina jurisprudencial generada por los Tribunales constata, en todo caso, que la actividad interpretativa (concebida en sentido amplio) de los jueces ha evolucionado de ser una mera aclaración o ampliación de la ley (u otra fuente formal del Derecho) a ser una actividad generadora de Derecho, que ha superado ampliamente la teoría exegética de la aplicación mecanicista de la ley, aunque no sea una cuestión simple cuáles hayan de ser los criterios y los límites de la actividad interpretativa, máxime valorando las peculiaridades propias del Derecho propio de cada orden jurisdiccional.

Es preciso reconocer que la interpretación en el Derecho Penal está configurada en términos más precisos que en el Derecho Civil. Como refiere Laporta⁷⁴, el ordenamiento establece alrededor del juez penal un cordón sanitario pensado, precisamente, para que no se desvíe del principio de legalidad (*nulum crime, nulla poena sine lege*). Por otra parte, la vigencia del principio de taxatividad (que impone precisión en la descripción de las conductas típicas) y de reserva de ley⁷⁵ en esta rama del Derecho limitan aún más el poder creador de los jueces en este ámbito. La prohibición de la analogía y la imposibilidad, en suma, de extender el tenor literal de los tipos penales a ámbitos no previstos por el legislador constituyen límites infranqueables para el juez penal. Así lo ha expresado

⁷³ Véase RIVAS VELASCO, M. J. "Modo de Adquisición y Extinción de los Derechos Reales. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial". *Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2011.

⁷⁴ FERRERES V., XIOL RÍOS JA., LAPORTA FJ. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Asociación coloquio jurídico europeo. Madrid. 2010. Pág. 18

⁷⁵ No obstante, como recuerda Ferreres, en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos rige el principio de taxatividad en materia Penal, pero no el de reserva de ley, pues admite que los delitos estén contemplados por la jurisprudencia (caso *Cantoni contra Francia*, sentencia de 15 de noviembre de 1996). FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia Penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. Civitas. Madrid. 2002. Pág. 26.

nuestro Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 123/2001, de 4 de junio; 120/2005, de 10 de mayo; 76/2007, de 16 de abril; 258/2007, de 18 de diciembre; y 91/2009, de 20 de abril), que de forma reiterada ha recordado que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada sea subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, considerando que en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a utilizar está constituido por el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. Por tanto, la jurisprudencia ha enfatizado que el respeto del principio de legalidad, en su exigencia de *lex stricta*, impide la aplicación del tipo en perjuicio del reo mas allá de lo que consiente el propio sentido literal del precepto que configura el alcance de protección de la norma.

No obstante, es lo cierto que, a pesar de las limitaciones reconocidas en el Derecho Penal, la doctrina constata que la jurisprudencia actual está generando un creciente marco de indeterminación en los enunciados jurídico-penales, donde las exigencias de racionalidad de la función cooperadora del juez se hacen especialmente patentes, lo que está aumentando la posibilidad de una creación judicial del Derecho y, en suma, el riesgo de un decisionismo judicial no suficientemente sistematizado. Ejemplos de ello, como expone Silva Sánchez⁷⁶, serían las interpretaciones que se han desarrollado sobre el requisito de proporcionalidad entre defensa y agresión exigido por la jurisprudencia en la legítima defensa o la interpretación restrictiva que se ha detallado sobre la atenuante de confesión, que incluye, dentro del concepto “procedimiento judicial” a las actuaciones policiales.

Además, como refiere Vivés Antón⁷⁷, la dogmática penal actual se está construyendo en términos tales que enerva cualquier núcleo fijo de sentido que el

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal”. *Estudios de Filosofía de Derecho Penal*. Díaz y García Conlledo, M. y García Amado, J.A. (coord.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Págs. 378 y sigs.

⁷⁷ VIVES ANTÓN, T.S. “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”. *Estudios de filosofía de Derecho Penal*. Díaz y García Conlledo, M. y García Amado, J.A. (coord.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Pág. 330 y sigs.

legislador, por medio del lenguaje común, atribuye al texto de la ley, al centrarse en el concepto de la “infracción del deber”, el estudio de la acción y del injusto penal (la pregunta por la acción ha sido sustituida por la pregunta por la imputación). De esta forma, el significado de las acciones y omisiones se establece al margen de lo que las expresiones legislativas dicen en el lenguaje ordinario, según una gramática de la imputación objetiva. De modo que la discordancia en las opiniones acerca de la justicia material va desplazando a la concordancia en el lenguaje (las palabras de la ley no dicen lo que dice, sino lo que nuestro sistema conceptual les hace decir). Ello provoca, en última instancia, que los jueces ni siquiera tengan que caminar por alguno de los sistemas dogmáticos, sino que, o bien pueden acudir a cualquiera de ellos en tanto les sea útil para fundamentar sus conclusiones, o sustituyen directamente el mandato de la ley por sus apreciaciones de justicia material. Nos encontraríamos, pues, ante un proceso de subjetivización del Derecho Penal, aproximándonos a posiciones más propias del juez activista que surge del realismo jurídico. Muestra de ello sería la STS 125/2011, la cual se centra en la interpretación del artículo 392 CP (delito de falsedad documental cometido por particulares), y que distingue entre falsedad ideológica (impune) y la simulación total del documento –siempre punible–, aumentando el ámbito aplicativo del tipo penal.

Pero, aun reconociendo estas tendencias en la jurisprudencia actual, se concluye que las singularidades del Derecho Penal, por su carácter sancionador y por los principios inherentes a esta rama del Derecho, precisan mayores acotaciones a la actividad interpretativa. En este sentido, Fernández⁷⁸ ha puesto de manifiesto cómo el Tribunal Supremo ejerce un mayor control de la discrecionalidad judicial en el ámbito del Derecho Penal que en las restantes jurisdicciones. Así, mientras que en la jurisprudencia Civil el tratamiento del arbitrio (discrecionalidad) judicial no se ha movido un ápice y se mantiene inalterable en sus bases tradicionales, la jurisprudencia Social es bastante más matizada, dado que permite revisar los razonamientos y las circunstancias que sirven de fundamento de las sentencias, tomando -incluso- datos no tenidos en cuenta en la instancia. La jurisprudencia Penal, por último, permite un control amplio del núcleo central de la discrecionalidad judicial, que vincula con la necesaria motivación constitucionalmente impuesta de las resoluciones judiciales.

⁷⁸ FERNÁNDEZ, T.R. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Iustel. Madrid. 2005. Págs. 103-108.

En todo caso, nuestro Tribunal Supremo, a pesar de las especificidades de cada orden, ha delimitado criterios y límites sobre los que ha de sustentarse la interpretación judicial, señalando:

"En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder Judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de la aplicación de la ley, actúa sólo con su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver y, prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en Derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable." (STS, Sala Segunda, 79/2012, de 19 de febrero de 2012, FD 5º).

De estas consideraciones se colige una posición interpretativa que, en primer lugar, huye del activismo y voluntarismo judicial:

"...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia." (STS 2/1999)⁷⁹

En segundo lugar, si bien el Alto Tribunal fundamenta su posición en el principio de legalidad y en los métodos tradicionales de interpretación, se propugna una superación del positivismo clásico mediante la influencia interpretativa de la Norma Constitucional. La interpretación impone, por tanto, un análisis de los principios y derechos fundamentales implicados en el caso concreto. Todo ello aboca a colegir que los métodos tradicionales de interpretación han de reconducirse al contexto constitucional, en el que la presencia de los principios y de los derechos fundamentales es innegable. La solución de los problemas interpretativos depende, en gran parte, por tanto, de la forma en que se entienda el fenómeno del constitucionalismo⁸⁰.

⁷⁹ Tanto esta sentencia como la anterior están dictadas en procesos penales en los que se acusa por la comisión de un delito de prevaricación judicial. En ellas el Tribunal Supremo, por tanto, fija su posición sobre los límites que deben sustentar la interpretación judicial.

⁸⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Constitucionalidad y decisión judicial. Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". *Isonomía: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 6. Abril. 1997. Págs. 6-30.

Estas reflexiones nos remiten, a su vez, a las controversias doctrinales (analizadas anteriormente) que se suscitan ante la relevancia que los derechos fundamentales y los principios y valores constitucionales han de asumir en el Derecho actual y en los procesos de interpretación, al fenómeno del nuevo constitucionalismo y a sus límites y fundamentos.

Todo ello, constata, por tanto, la íntima interrelación existente entre los distintos aspectos analizados sobre la labor interpretativa de los jueces (el valor de la jurisprudencia, la eficacia de la Constitución y de los derechos fundamentales, ...) y, simultáneamente, la relevancia de optar por los parámetros de una concreta concepción del Derecho en el ámbito interpretativo y argumentativo en la resolución de estas incidencias.

7. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

7.1. La ponderación en la jurisprudencia española.

Como se desprende de las características propias de los distintos modelos de juez examinados en el capítulo precedente, podemos identificar en el ámbito de la argumentación diferentes esquemas argumentativos. De forma que, junto al esquema subsuntivo y el finalista, es necesario advertir la presencia de un nuevo esquema argumentativo que, tradicionalmente, no fue considerado o valorado por el positivismo originario: la ponderación, la cual adquiere una enorme relevancia en aquellos litigios en los que están directamente afectados los derechos fundamentales. Este esquema argumentativo permite la aplicación preferente de un determinado derecho, en caso de colisión entre varios, sin que ello afecte a la validez de las normas reguladoras de los mismos.

Este esquema ha tenido gran relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales y es consecuencia necesaria del establecimiento por parte de nuestra jurisprudencia

constitucional de unos límites al ejercicio de aquellos⁸¹. La STC 254/1988, de 21 de diciembre, en su Fundamento Jurídico 3º, ya dispuso:

“Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.”

Y tampoco es posible establecer una jerarquía entre los distintos derechos que proporcione una solución *a priori* o que permita solucionar las colisiones entre éstos de manera automática, por lo que en caso de conflicto habrá siempre que realizar una labor de ponderación. Leemos, así, en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 320/1994, de 28 de noviembre, que:

“Queda así, como en otros tantos casos parecidos sometidos a este Tribunal, planteado otra vez el problema de la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales (...) La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente a aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.”

⁸¹ Citas incluidas en RUIZ RUIZ, R. “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 10. 2006/2007. Pág. 59.

Paradigma de la relevancia de la ponderación en el Derecho Civil es la jurisprudencia surgida en los procesos iniciados para la tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Podemos, mencionar, entre otras muchas, la STS 85/2011, de fecha 25 de febrero de 2011, la cual define la ponderación y configura los criterios en torno a los cuales ha de desarrollarse, para erigirla en el eje argumentativo en torno al cual resolver aquellos litigios en los que es preciso determinar, ante una colisión entre varios derechos fundamentales, cuál de ellos es el que ha de prevalecer. La sentencia aludida indica:

“La limitación del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella... La técnica de la ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión ... ” (FJ 7º)

El interés del menor, en el ámbito del derecho de familia, también es objeto, frecuentemente, de los nuevos esquemas argumentativos que superan la subsunción lógico-formal propia del positivismo clásico, tanto en lo concerniente al esquema finalista (en aras a la adopción de las decisiones más favorables para la tutela del aludido interés) como al esquema de la ponderación. Ambos esquemas argumentativos están presentes en la STS nº 565/2009, de 31 de julio de 2009, que, además de incidir en la necesaria tutela del interés del menor (principio del *favor filii*) desarrolla una ponderación entre este último principio y el principio de reinserción del menor en su familia biológica. Su fundamento jurídico 6º expone:

"El artículo 172.4 CC, establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia»... El principio de reinserción en la propia familia, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados... Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben

aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos.... Ambos principios ... pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»).

Otras sentencias también se refieren a la ponderación de los derechos (no fundamentales) en litigio, que se encuentran en conflicto. Incluso, en materias vinculadas con los derechos reales, como se constata en la STS nº 819/2010, de 15 de diciembre de 2010, que versa sobre la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos, donde el Alto Tribunal expresa:

“De esa forma, el problema tiene respuesta a partir de la ponderación que se haga de los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la Comunidad a instalar un ascensor.” (FJ 4º)

En el Derecho Penal la ponderación se erige en un elemento determinante en la adopción de aquellas diligencias de instrucción o medidas cautelares que afectan de forma directa o inmediata a los derechos fundamentales (diligencias de entrada y registro, prisión provisional, intervenciones telefónicas, reconocimientos o intervenciones corporales, ...). En este sentido, el auto dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 18 de junio de 1992, dictado en el conocido como caso Naseiro, el cual marcó un precedente relevante en el tratamiento de las escuchas telefónicas, señalaba que:

“... debe resolverse el problema a través de la llamada ponderación de intereses involucrados que, en otras ocasiones, han utilizado el T.E.D.H., el Tribunal Constitucional y esta Sala para decidirse, en relación con situaciones de conflicto, entre dos derechos fundamentales en liza, en este caso el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, en su caso, los comportamientos constitutivos de infracción penal y el derecho de los particulares a la reserva de su intimidad. En definitiva, será el principio de proporcionalidad quien haya de facilitar la solución correcta...”.

En todo caso, aun valorando la introducción del esquema de la ponderación en numerosos ámbitos, es en las cuestiones afectantes a los derechos fundamentales donde

ha tenido una mayor y más relevante acogida. Y ello porque el nuevo constitucionalismo ha modificado sustancialmente los paradigmas propios del positivismo decimonónico, con la relevancia que aquél ha otorgado a los derechos fundamentales y a los principios, imponiendo una cada vez mayor relevancia de la ponderación, como forma de argumentación cuando nos hallamos ante razones justificativas del mismo valor y tendencialmente contradictorias. Se trataría, “no de establecer jerarquías de derechos (o principios, podríamos entender también) ni precedencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca (STC 320/1994)⁸². La influencia de los postulados del juez integrador en la actividad argumentativa desarrollada por nuestra jurisprudencia es, por tanto, evidente.

7.2. El principio de proporcionalidad en la ponderación relativa a los derechos fundamentales.

Las teorías principalistas han suscitado la necesidad de que el intérprete analice, en ocasiones, el peso de los derechos implicados en un supuesto concreto. Dentro de estas posiciones hemos de destacar la obra de Alexy⁸³, que ha sido uno de los autores que con más intensidad ha reivindicado el recurso a la ponderación como instrumento para la adecuada aplicación de los derechos fundamentales en los procesos de argumentación. Su posición se fundamenta en la consideración de que los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que, asimismo, los principios son mandatos de optimización, en la medida en que los mismos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Para Alexy, la ponderación es parte de lo que exige un principio más amplio: el de proporcionalidad, que se compone de tres partes o subprincipios, que expresan la idea de optimización: la adecuación, la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸⁴. Los tres subprincipios

⁸² PRIETO SANCHÍS, L. "El constitucionalismo de los derechos". *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Pág. 220.

⁸³ ALEXY, R. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad" *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Nº 11. Enero-junio 2009. Págs. 3-14.

⁸⁴ Los principios de idoneidad y necesidad tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales. El principio de idoneidad permite detectar qué medios no son idóneos, excluyendo el empleo de medios que perjudican la realización de un principio, sin promover otro principio o meta a cuya realización sirve. El

aludidos, por tanto, definen en cada caso concreto lo que debe entenderse como optimización⁸⁵.

Esta doctrina, que alude a los tres subprincipios propios del principio de proporcionalidad, ha tenido una relevante acogida en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, pues en el ámbito de los derechos fundamentales la jurisprudencia constitucional ha introducido, procedente -a su vez- de la doctrina alemana y del Tribunal Federal alemán, el denominado “test alemán de proporcionalidad” como principio instrumental destinado a la tutela de los derechos fundamentales o de otros preceptos dotados de contenido material propio. La introducción de este test de proporcionalidad se consolidó en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de las sentencias nº 55/1996, y 207/1996.

El principio de proporcionalidad comprende una dimensión formal, relativa a la necesidad de fundamentar y exteriorizar los motivos de cualquier restricción de los derechos fundamentales, y una dimensión material, que implica, en primer lugar, el análisis de la finalidad de la medida o actuación enjuiciada, que no ha de ser inconstitucional o, al menos, ha de ser constitucionalmente legítima. Y, en segundo lugar, la verificación de los requisitos de idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida o actuación enjuiciada. La idoneidad alude a la aptitud o adecuación de la medida objeto de control para la consecución de la finalidad perseguida. La necesidad debe ser entendida como la ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida, conllevando dos factores: el gravamen de las medidas objeto de comparación y su eficacia para conseguir la finalidad perseguida. En tercer lugar, nos encontramos con la proporcionalidad en sentido estricto, en virtud de la cual la medida enjuiciada debe ser equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

principio de necesidad exige elegir, de entre distintos medios, el que promueva la finalidad pretendida interviniendo menos lesivamente en otros principios o derechos. El principio de proporcionalidad en sentido estricto dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Nº 11. Enero-junio 2009. Págs. 3-14.

⁸⁵ ALEXY, R. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista española de Derecho Constitucional*. Nº 66. Septiembre-diciembre 2002. Págs. 26 y sigs.

Paradigmática de esta doctrina es la relevante sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, dictada en materia de intervenciones telefónicas, la cual expresaba:

“...la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando, además de estar legalmente prevista con suficiente precisión, se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad; es decir, cuando su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2).”

No obstante, no ha sido uniforme ni unánime el uso que el Constitucional ha desarrollado de este principio de proporcionalidad. La primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional alude expresa y conjuntamente a los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto como integrantes del principio de proporcionalidad es la STC 66/1995, de 8 de mayo⁸⁶. Por otra parte, la utilización reciente de este principio en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva ha sido muy genérica. El Tribunal Constitucional ha utilizado, en ocasiones, el principio de proporcionalidad de una forma parcial, analizando los aspectos relevantes del mismo para resolver una cuestión concreta. También han existido en su seno voces discrepantes con la formalización de este principio (v.gr., voto particular en la STC 136/1999 del magistrado Sr. Conde Martín de Hijas).

Pero, aun valorando estas situaciones, de forma progresiva y desde la recepción que los Tribunales Constitucionales europeos han efectuado del principio de proporcionalidad como instrumento idóneo para la adecuada ponderación de los derechos fundamentales, se ha introducido en la práctica argumentativa de los órganos jurisdiccionales españoles la ponderación de los derechos y el empleo del test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios, para la resolución de conflictos en los que la presencia de los derechos fundamentales es manifiesta.

⁸⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Thomson aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2003. Págs. 61 y sigs.

Expresión de ello es la continua referencia de este principio en la jurisdicción Penal, constituyéndose en uno de los ejes para argumentar y conformar la doctrina que desarrolla los requisitos y presupuestos necesarios para la realización de las diligencias de instrucción que afectan a los derechos fundamentales. De forma que los criterios fijados por la jurisprudencia para la válida realización de las intervenciones y escuchas telefónicas, entradas y registros, intervenciones corporales y otras diligencias y medidas cautelares (como la prisión provisional) que afectan a los derechos fundamentales se constituyen en presupuestos o fundamento del juicio de proporcionalidad (autorización judicial, motivación de la resolución, constatación de los indicios de un delito, identificación de las personas afectadas, concreción del delito investigado,...) o en garantía de aquél (límite temporal, control judicial o procedimiento para la transcripción o comunicación de las transcripciones,...).

7.3. La ponderación y la discrecionalidad judicial.

Cuál ha de ser el resultado que arroje la ponderación es una cuestión que ha de ser decidida casuísticamente. La tesis de la única respuesta correcta dworkiana (y del modelo de juez integrador) niega la discrecionalidad del intérprete. En cambio, Zagrebelsky, aun aproximándose a posiciones principalistas, considera que la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. A su juicio, quizá la regla única formal de la que quepa hablar sea la de la optimización posible de todos los principios, aunque cómo alcanzar ese resultado es una cuestión eminentemente práctica y material⁸⁷. Comanducci también mantiene una posición similar, argumentando que, si bien la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post facto*, ello no reduce, sino que aumenta, la indeterminación *ex ante* del Derecho, por la mayor vaguedad de los principios, porque los jueces -a través de los mismos- pueden acudir a su propia visión de la justicia y porque, en suma, no existe una jerarquía estable y general entre los principios⁸⁸. Guastini alude también a la necesidad de

⁸⁷ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Págs. 124, 125.

⁸⁸ COMANDUCCI, P. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 16. Abril 2002. Págs. 90-112.

que los principios -al igual que las reglas- sean interpretados, concretizados y contruidos (con sus premisas) de forma previa a su aplicación, lo que fomenta la discrecionalidad judicial⁸⁹, que este autor considera existente cuando nos encontramos ante la interpretación de los principios, puesto que en caso de conflicto entre los mismos rige una jerarquía móvil⁹⁰.

Alexy no considera que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado racional para todos los casos, aunque la justifica al considerarla como un instrumento a través del cual puede establecerse en numerosos, no en todos, un resultado de manera racional. Este autor propone la teoría de los márgenes de la acción estructural y epistémico como proceso para racionalizar los procesos de argumentación en los que están implicados los derechos fundamentales⁹¹. Para él, sólo si fuera posible establecer unas relaciones precisas de prioridad, abstractas y concretas entre todos los principios sería acertada la tesis dworkiana de la única respuesta correcta. No obstante, Alexy considera que en la aplicación de los derechos fundamentales hay intensidades que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación que, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras, de forma que es posible emitir juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los principios y que estos juicios pueden ser relacionados entre sí, a fin de fundamentar un resultado. Así, muestra la posibilidad de que una teoría de la argumentación jurídica permita una decisión racionalmente fundamentada cuando nos encontramos ante principios, en base a tres elementos⁹²: a) las condiciones de prioridad, que pueden establecerse para que, concurriendo determinados supuestos o condiciones de hecho concretas, un principio prevalezca sobre otro; b) las estructuras de ponderación o la

⁸⁹ GUASTINI, R. "Los principios de derecho y la discrecionalidad judicial". *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 34. 1999. Págs. 39 y sigs.

⁹⁰ GUASTINI, C. *Diritto Mitte, diritto incerto. Materiali per una storia della cultura giuridica*. Nº 2. Págs. 513-525. Citado por GARCÍA FIGUEROA, A. "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho". *Diritto e questioni pubbliche*. Nº 3. 2003. Pág. 198.

⁹¹ Véase, en este ámbito, ALEXY, R. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". *Revista española de Derecho Constitucional*. Nº 66. Septiembre-diciembre 2002. Págs. 26 y sig. También su obra *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2008.

⁹² ALEXY, R. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988. Págs. 146 y sigs.

ley de ponderación, que implica considerar los tres subprincipios de la proporcionalidad; y c) las prioridades *prima facie*, que pueden configurarse entre determinados principios.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado criterios relativos a la interpretación y a la argumentación relacionados con los derechos fundamentales, en aras de que ellos sean respetados por los órganos jurisdiccionales. Obliga, así, a estos a ajustarse a las directrices marcadas al efecto por el propio Tribunal Constitucional:

“(…) lo que se requiere de los órganos jurisdiccionales, en casos como el presente, no es sólo que se ponderen explícitamente, antes de adoptar su decisión, los ámbitos respectivos de los derechos en tensión, sino que dicha ponderación se acomode, como exigencia ya sustantiva, a la propia configuración de tales derechos en la Constitución y en las leyes que los desarrollan, según la interpretación que expresa la doctrina de este Tribunal.” (STC 20/1992 de 14 de febrero, F.J.2º)⁹³

Por ello, el Tribunal Constitucional ha anulado resoluciones judiciales por no desarrollar la pertinente ponderación de los derechos afectados (por ejemplo, SSTC 104/1986, 107/1988, 37/1989, 51/1989, 201/1990, 65/1991, 214/1991, 123/1992, 223/1992, 227/1992, 151/1993, 286/1993, 99/1994, 8/2000, 11/2000, 136/2000, 148/2001, 76/2002, 54/2004)⁹⁴. Asimismo, el Tribunal ha concretado criterios precisos para desarrollar la ponderación en casos particulares. Un ejemplo de estos parámetros, referidos por Alexy, lo localizamos en los criterios que el TS establece para ponderar los derechos al honor y a la libertad de expresión y de información y para precisar, por ende, el derecho que ha de prevalecer, como se vislumbra en los pronunciamientos de la STS 85/2011. La misma precisa la necesidad de valorar el peso de los respectivos derechos en conflicto en abstracto y en concreto. En relación al peso abstracto de los derechos, la sentencia dispone que:

⁹³ RUIZ RUIZ, R. “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 10. 2006/2007. Pág. 59.

⁹⁴ Citas contenidas en RUIZ RUIZ, R. “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 10. 2006/2007. Pág. 59.

“Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático.” (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006)

La valoración del peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión, se desarrolla a través de tres criterios que concreta:

“... (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008 ; SSTS 25 de octubre de 2000 , 14 de marzo de 2003, RC n.º 2313/1997 , 19 de julio de 2004, RC n.º 5106/2000 , 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH , en relación con el derecho a la propia imagen, aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor ... “

“...(ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada.” (SSTC 139/2007 , 29/2009, de 26 de enero , FJ 5)

“...(iii) la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende, dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril; SSTS 18 de febrero de 2009, 17 de junio de 2009). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas.” (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 5)

Por tanto, si bien sobre el resultado de la ponderación y el margen de discrecionalidad que puede ostentar el juez no existen posiciones unánimes admitidas por la doctrina, es constatable que nuestra jurisprudencia ha prefijado distintas prioridades y

parámetros con el objeto de introducir elementos de racionalización de los procesos de ponderación y una concreción de criterios para la búsqueda de una racionalidad fundada en el contenido de los procesos argumentativos que han de desarrollar los jueces.

8. CONCLUSIONES

Las múltiples y heterogéneas fuentes existentes en el Derecho actual conforman un panorama jurídico muy distinto al que se generaba en la etapa histórica propia de la Escuela de la Exégesis, que aquí representamos con el juez legalista. La Norma Constitucional ha modificado sustancialmente el sistema de fuentes por la regulación y sistematización que introduce sobre las mismas. Las fuentes del Derecho tradicionales modifican, así, su fisonomía y surgen -además- nuevas fuentes con características propias.

Las leyes ya no mantienen un carácter plenamente sistemático y estructurado. La constante proliferación de las mismas y los múltiples intereses que las motivan nos alejan del sistema jurídico racional, nítido y preciso, que propugnó Kelsen desde su teoría (que personificamos en este trabajo con el juez formalista). El Derecho autonómico, el internacional y la normativa proveniente de la Unión Europea, con sus propios principios y estructura, potencian este fenómeno. Las sentencias aditivas y exhortativas del Tribunal Constitucional también han transformado sustancialmente el conjunto legislativo. Incluso, en ámbitos en los que la legislación especial es más limitada, como el Derecho Penal, la existencia de tipos penales menos precisos y de leyes penales en blanco obligan al juez a conocer y relacionar normas muy heterogéneas, incardinadas en disciplinas jurídicas diversas. Las normas son más genéricas, ambiguas y abiertas, permitiendo mayores márgenes interpretativos a los jueces.

Por otra parte, es evidente la relevancia que ostenta en la actualidad la jurisprudencia. La misma delimita los conceptos y términos incluidos en la legislación, supera la ambigüedad y la generalidad de estos, integra aspectos no incluidos o detallados en el Derecho positivo y genera, en suma, una doctrina que supone nuevo Derecho aplicable. No obstante, no existe en España una posición unánime sobre el carácter vinculante de la misma y, por ende, sobre su propia naturaleza. Así, un sector doctrinal postula una vinculación de los jueces a la misma (Bacigalupo, Xiol Ríos, entre otros),

otros autores se oponen a ello (como Alejandro Nieto), mientras que otro grupo de estos admite la desvinculación razonada del mismo o, incluso, propone el planteamiento de cuestiones interpretativas a los órganos superiores (Ferrerres o Varela). Cuándo el juez puede desvincularse de un previo precedente también es una cuestión discutida, si bien, ordinariamente, las doctrinas innovadoras se generan: por innovaciones introducidas desde la comunidad científica, el Derecho comparado o las jurisdicciones inter o supranacionales (principio de proporcionalidad, doctrina del levantamiento del velo, nueva doctrina del TEDH sobre las intervenciones telefónicas,...); por las peculiares circunstancias apreciadas en un supuesto de hecho concreto; o, en última instancia, por innovaciones o modificaciones en el propio Derecho positivo.

Aun a pesar de las cuestiones dogmáticas aludidas que se suscitan sobre el valor y la naturaleza de la jurisprudencia es preciso reconocer que la misma se erige actualmente en un elemento indispensable para la adecuada interpretación de las normas jurídicas positivas, permitiendo la adecuada concreción y comprensión del articulado legal, la sistematización e interrelación de las múltiples fuentes del Derecho aplicables y la conformación del principio de seguridad jurídica. Ello redunda aún más en la superación de los cánones que configuran al juez que hemos denominado como legalista.

Pero, a pesar de la complejidad jurídica anteriormente descrita por la pluralidad y heterogeneidad de las fuentes presentes, siguen estando vigentes los conceptos de validez y la categorización de las fuentes del Derecho que ha propugnado, tradicionalmente, el positivismo jurídico (y que aquí representamos con las figuras del juez formalista y del juez creador). La jurisprudencia procedente de los Tribunales superiores, por ello, procura, en la medida de lo posible, un desarrollo de criterios formales y conceptuales para permitir una adecuada sistematización y racionalización de las fuentes aplicables por los jueces.

No obstante, los términos en que se conciba la jurisprudencia incidirán, en suma, en el debido equilibrio entre los márgenes con los que se pueda desarrollar la interpretación jurídica y la independencia judicial, por un lado, y, por otro, en la salvaguarda del principio de seguridad jurídica.

La Constitución, asimismo, también ha modificado notablemente el panorama jurídico que vislumbraba el positivismo jurídico más clásico. Su papel, además, ha evolucionado sustancialmente desde los parámetros con los que era concebida por la Escuela de la Exégesis y la teoría pura del Derecho y, por ende, ha superado los términos en los que es proyectada desde los perfiles propios del juez legalista y del juez formalista. No obstante, en el ámbito doctrinal no ha existido unanimidad sobre la eficacia y repercusión que debe desplegar la Norma Constitucional: en definitiva, sobre su propia naturaleza, como se percibe en los distintos criterios que sobre la misma sostienen los diferentes modelos de juez propuestos, que reflejan dispares concepciones sobre la Constitución mantenidas por la filosofía jurídica. Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la Constitución goza de la naturaleza de auténtica norma vinculante y que, por tanto, ha de superar el carácter meramente programático de las Constituciones propias de la etapa decimonónica. Ahora se concibe como norma de aplicación directa, por lo que, en cierta medida, todos los jueces y magistrados mantienen una vocación de jueces constitucionales.

Pero el valor vinculante que actualmente se reconoce a la Constitución cuestiona en qué términos se ha concebir su aplicación directa e inmediata. Actualmente, el neopositivismo, en el que incardinamos al juez integrador dworkiano, propone una influencia relevante de la Constitución en todos los procesos de interpretación: todas las fuentes han de ser interpretadas a la luz de la Constitución y de los derechos que reconoce. Cuáles han de ser los límites a esta eficacia de la Constitución para evitar un activismo judicial exacerbado o una discrecionalidad jurisdiccional ilimitada es un tema en el que concurren posiciones doctrinales heterogéneas que se reflejan en las variadas referencias que, desde distintos puntos de vista, incluye nuestra jurisdicción sobre la Norma Constitucional. Dichas posiciones tampoco son similares para las distintas jurisdicciones, pues el principio de legalidad y de taxatividad propio del Derecho Penal limita más la libertad de decisión del juez que en otros ámbitos o sectores del Derecho.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido una doble dimensión de los derechos fundamentales: su eficacia inmediata sobre los ciudadanos –que exige la necesidad de verificar la vigencia de tales derechos en una relación jurídica concreta- y, en segundo lugar, su eficacia mediata, que supone asumir la relevancia interpretativa que

en la totalidad del Derecho conforman los derechos fundamentales, identificándose -en cierta medida- con la teoría holística, aunque limitando la posibilidad de que los jueces, en base a esta posición, asuman un papel muy activo en la creación e integración del Derecho.

Es evidente que en el ámbito de los derechos fundamentales la jurisdicción asume una vinculación más inmediata (como se constata en los razonamientos jurídicos de las sentencias relativos a las diligencias penales que afectan a aquellos). Pero es constatable que los jueces desarrollan la interpretación de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de acuerdo con la regulación legal de aquellos – sobre todo, cuando los mismos tienen una dimensión prestacional (como el derecho a la tutela judicial efectiva)- y conforme a las pautas, conceptos y principios fijados por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, que guían su interpretación y argumentación (como se advierte en la relevancia que se otorga al principio de proporcionalidad). No obstante, se suscitan numerosas cuestiones en el ámbito de los derechos fundamentales. Entre otras, cuáles han de ser los efectos irradiadores de los derechos fundamentales en la interpretación o si su eficacia ha de ser similar en las relaciones con el poder público que con los particulares (nos referimos a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales -sostenida por la doctrina *mittelbare Drittwirkung*).

Más limitada es la vinculación de los jueces respecto de los principios y valores constitucionales. Aunque nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la relevancia que los mismos ostentan, en la medida en que condicionan el enfoque interpretativo del conjunto del sistema, las posibles referencias a tales principios y valores, como medio para solventar las imperfecciones o lagunas existentes en el Derecho positivo, suelen estar tamizadas en la práctica jurisdiccional por el desarrollo jurisprudencial de aquellos. El juez aplica los principios y valores, aunque dentro de las concepciones que sobre los mismos han sido determinadas previamente por el legislador y por los propios precedentes de los tribunales superiores en la materia concreta objeto de estudio. La interpretación moral de la Constitución puede abrir las puertas a una discrecionalidad judicial que podría condicionar de forma sustancial la seguridad jurídica. La existencia de la cuestión de inconstitucionalidad y el contenido del artículo 5.1 LOPJ, que obligan a interpretar la ley en base a las pautas contempladas por el Tribunal Constitucional,

corroboran la anterior conclusión, que también es compartida por otros autores españoles (García Amado, Hernández Marín, Díez-Picazo o Laporta), aunque es preciso reconocer que nuestro Tribunal Supremo ha admitido como instrumento para la superación del simple positivismo a la Constitución y, especialmente, a sus normas sobre derechos fundamentales.

La cuestión de fondo que late en todo ello se centra en la concreción del valor que ha de ostentar el legislador y el juez en la interpretación judicial, en qué medida los jueces pueden asumir, a través de la interpretación, ámbitos antes sólo reservados al legislador. El equilibrio, en suma, entre un excesivo decisionismo judicial y los límites a los que está sujeto el Poder Judicial en la interpretación de la Constitución. La mayor o menor influencia de los postulados del juez creador y los propios del juez integrador definirán la posición a adoptar sobre esta materia.

La relevancia de la Constitución no puede soslayar, en todo caso, la necesidad de que los jueces dominen, para el adecuado desarrollo de los procesos interpretativos, el articulado de las leyes, dado que éstas se erigen en el principal instrumento jurídico de desarrollo de la Constitución y despliegan las figuras e instituciones más básicas de las diferentes disciplinas jurídicas, tanto en el ámbito procesal como material, aun a pesar de sus insuficiencias y carencias. Las grandes decisiones normativas y de organización del sistema siguen siendo una imprescindible labor del legislador.

Pero, en la actualidad, y dadas las características que asumen los sistemas jurídicos actuales, para el dominio de la actividad interpretativa no sólo se exige un conocimiento de las leyes sino también una imprescindible interrelación de las distintas normas aplicables al supuesto enjuiciado: legales, reglamentarias, jurisprudenciales, principios del Derecho,... La realidad jurídica descrita constata la necesidad de que, actualmente, el juez, en la actividad que hemos denominado "interpretación-proceso", no sólo se limite a subsumir una norma aplicable en un supuesto de hecho concreto, sino que desarrolle una interrelación de preceptos y normas para integrar un estudio de la disciplina jurídica que enmarque adecuadamente el litigio concreto.

El dominio del Derecho, por tanto, ha de implicar unos conocimientos muy superiores al mero conocimiento del articulado de la legislación positiva, que podía ser

suficiente en épocas pretéritas. Los principios, la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, la relevancia de la norma constitucional o la coexistencia de distintos ordenamientos y la necesidad de que el juez articule de forma coherente estas múltiples fuentes del Derecho imponen nuevas exigencias a los jueces. El conocimiento del derecho positivo -esencialmente, de la ley- es, en suma, relevante e indispensable para el dominio conceptual de cualquier disciplina jurídica y para la adecuada culminación de los procesos de interpretación jurídica, aunque no es suficiente para el logro de una adecuada sistematización e interrelación de las diferentes fuentes jurídicas. Esta situación ya fue reconocida desde el *soft positivism* hartiano (que aquí representamos con el modelo del juez creador), el cual cuestionó -por ello- los postulados del positivismo más formalista.

Ahora bien, las diversas consideraciones que la doctrina mantiene sobre la naturaleza y eficacia de las distintas fuentes muestran modos diversos sobre los términos en los que pueden desarrollarse los procesos de interpretación y las múltiples pautas, principios y, en definitiva, concepciones jurídicas que los pueden fundamentar. Los criterios de interpretación ya propugnados por Savigny, mencionados en el artículo 3.1 del Código Civil, son insuficientes, para justificar la realidad jurídica existente. Ello se muestra en la heterogeneidad de criterios a los que recurren los órganos jurisdiccionales para sustentar una concreta posición interpretativa. A tales criterios podrían sumarse los específicamente emanados de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para promover interpretaciones más favorables a la efectividad de derechos fundamentales o a los principios reconocidos en la Constitución. Las técnicas interpretativas, por tanto, no pueden sustraerse a su propia interpretación, que será distinta en función de la concepción del Derecho concreta que se mantenga.

Esta pluralidad de opciones en el ámbito interpretativo, que mantienen ciertos matices en el ámbito propio de cada jurisdicción, también se vislumbra en la distinta consideración que la doctrina otorga al precedente judicial o a la eficacia o al valor concedido a los principios. Se constata, así, la posibilidad de que el juez, aun partiendo de una misma regulación jurídica, obtenga resultados sustancialmente diversos en el proceso de interpretación ("interpretación-producto") en función de la concepción del Derecho que más influya en su proceso de interpretación. Cuáles han de ser los límites del proceso interpretativo del juez es una cuestión compleja sobre la que incide la concepción jurídica

desde la que se parta, si bien los principios y características propias de cada rama del Derecho también condicionan esta cuestión.

Los temas aludidos con anterioridad inciden, evidentemente, en el ámbito argumentativo. En lo que concierne a la dimensión formal de la argumentación, el esquema subsuntivo, si bien es el más empleado, deviene actualmente como insuficiente, no sólo por la presencia del esquema finalista, sino, fundamentalmente, por la relevancia que ahora ostenta la ponderación: el juez ha de ponderar entre distintos principios o derechos (fundamentales) afectados en aquellos supuestos en los que se aprecie un conflicto entre los mismos, constituyendo dicha ponderación una labor de especial importancia en la jurisdicción penal por la relevancia de los bienes jurídicos tutelados en la misma y por los derechos fundamentales que pueden resultar afectados. La introducción del denominado "test de proporcionalidad" por la jurisprudencia constitucional, como instrumento para la ponderación de los derechos fundamentales, ha consolidado esta realidad. La presencia de los postulados del juez integrador en esta materia es patente.

Es difícil que el resultado que arroje la ponderación responda a la tesis de la única respuesta correcta del juez integrador dworkiano, al no existir una jerarquía estable entre derechos o principios, como argumenta Zagrebelsky. No obstante, es cierto que los subprincipios incluidos en el test de proporcionalidad, así como las condiciones de prioridad o condiciones *prima facie*, aludidas por Alexy y que consideramos que han sido asumidas casuísticamente por el Tribunal Constitucional en la ponderación de determinados derechos fundamentales, pueden arrojar criterios para delimitar la solución a adoptar.

En todo caso, la pluralidad y heterogeneidad existente en la actualidad sobre los criterios, perspectivas y concepciones jurídicas que pueden fundamentar la decisión judicial y los nuevos esquemas argumentativos demandan un plus de exigencia en los actuales procesos de argumentación. Cobran, así, cada vez más relevancia los procesos de justificación de las decisiones judiciales, resaltados por la teoría dworkiana desde la que hemos perfilado al juez integrador. La insuficiencia del método lógico-deductivo y las premisas sustentadas por juez legalista (dimanante de la Escuela de la Exégesis), las

características del actual sistema de fuentes, la relevancia que pueden asumir los principios, la jurisprudencia, los preceptos constitucionales y la abundancia de criterios interpretativos coexistentes exigen que las decisiones judiciales, aplicando los nuevos esquemas argumentativos en un contexto jurídico propio del nuevo constitucionalismo, ofrezcan razones y argumentos de la solución adoptada y de los presupuestos y fundamentos de la misma, de forma que se permita un ulterior control racional del proceso argumentativo desarrollado. Esta realidad, que relaciona las concepciones jurídicas del juez con la argumentación judicial, conlleva nuevas exigencias en la práctica argumentativa de los órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, de lo expuesto podemos colegir que las diversas cuestiones analizadas en torno a nuestra práctica jurisdiccional (fuentes del Derecho, valor de la Constitución, de los principios y, en definitiva, todos los aspectos examinados y relativos a la interpretación y la argumentación) están íntimamente vinculadas entre sí, pues las posiciones que se mantienen en cada uno de estos ámbitos reflejan posiciones dogmáticas concretas en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Incluso, tienen grandes repercusiones en el modelo institucional que se persigue, sobre la función del Parlamento y del Poder Judicial, sobre sus propias relaciones y las funciones que han de asumir en la solución de los problemas sociales y, por ende, en la evolución del propio Derecho. Las distintas teorías de la argumentación y las posiciones en los procesos interpretativos presuponen y revelan, en suma, distintas concepciones del Derecho. Todo ello muestra que el juzgador, al resolver y enjuiciar un litigio concreto ha de optar, implícita o explícitamente, por una concepción de la teoría del Derecho, pues los problemas que inciden en la interpretación y en la argumentación terminan confluyendo en cuestiones vinculadas a la concepción del Derecho que las sustenta. De ahí la formulación de los distintos modelos de juez como parámetros comparativos para fundamentar los procesos de formación de los jueces.

CAPÍTULO 6

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo efectuaremos un examen, desde una perspectiva jurídica, de los fundamentos sobre los que se desarrolla la jurisprudencia en España, al efecto de conocer la concepción o concepciones del Derecho y el modelo o modelos de interpretación y de argumentación que se traslucen en la misma y sobre qué parámetros se sustentan. Para ello, utilizaremos el *modelo epistemológico de referencia* elaborado en el capítulo cuarto de la tesis, en el que hemos configurado diferentes modelos de juez vinculados con concepciones del Derecho sumamente diferentes entre sí. Se trataría de precisar qué posición asume nuestra práctica jurisdiccional en relación a las distintas concepciones que justifican los distintos modelos de juez, con la finalidad de profundizar en los parámetros que fundamentan la jurisprudencia española.

Este estudio permitirá, asimismo, delimitar en qué medida los postulados jurídicos sobre los que se diseñan los procesos de formación y de selección de la Judicatura presentes en España responden a la realidad de nuestra práctica jurisdiccional.

Se han seleccionado en el presente capítulo dos sentencias de Audiencias Provinciales, que reproducen doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y una dictada por este último Tribunal, la cual genera una nueva jurisprudencia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Las dos primeras sentencias han sido seleccionadas en función de la heterogeneidad y complejidad de los problemas e incidencias que afrontan. La sentencia del Tribunal Supremo ha sido elegida porque crea una nueva doctrina en una materia específica, de forma que permite examinar los elementos que influyen y originan la creación de nueva jurisprudencia y los parámetros en base a los cuales se desarrolla. La elección de las resoluciones, por tanto, no se ha fundado en la materia concreta que abordan. Ello también considerando que el objeto de estudio del presente capítulo no es tanto el de mostrar la doctrina jurisprudencial que

está vigente en una concreta disciplina jurídica o área del Derecho, sino revelar los términos en base a los cuales interpretan o argumentan los órganos jurisdiccionales en España y aquellos que son relevantes para la formación de jurisprudencia. Por ello, el estudio no se centrará en el examen de las cuestiones fácticas o vinculadas con la valoración de la prueba, en la medida en que no es el aspecto central sobre el que se pretende dirigir el estudio de la doctrina jurisprudencial, sino en el de la dimensión jurídica de ésta.

El examen tendrá lugar respecto de sentencias propias de las jurisdicciones civil y penal, por considerar que las peculiaridades presentes en ambos órdenes permite reunir una representación de las incidencias y dificultades a las que se ha de enfrentar la actividad interpretativa y argumentativa de los jueces. El análisis se estructurará en función de las distintas cuestiones que se enjuician y las pretensiones que se invocan por las partes. Respecto de cada una de ellas se incluirán referencias a los diferentes ámbitos incluidos en el capítulo cuarto de la tesis (fuentes del Derecho, moral, interpretación y argumentación), utilizando los modelos de juez configurados previamente como instrumento de análisis. Finalmente, se incluye una breve síntesis y valoración global.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN 5ª, DE 4 DE OCTUBRE DE 2010 (ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua). JURISDICCIÓN CIVIL

2.1. Objeto del procedimiento.

La demanda, interpuesta por varios vecinos de una comunidad constituida en régimen de propiedad horizontal, se dirige contra dos comunidades. Los demandantes impugnan los acuerdos que adoptaron ambas comunidades durante la celebración de sendas Juntas Generales, en las que se acordó el cerramiento exterior e interior de la citada urbanización, al estimar que se habían adoptado en Juntas de Propietarios en la que los actuales impugnantes dejaron patente su posición, en unos casos, y en otros porque no fueron convocados debidamente, y que, por todo ello, se les causaron graves perjuicios. La sentencia se centra en el análisis de distintas alegaciones formuladas por los demandantes, dado que la sentencia de primera instancia fue desestimatoria: la legitimación de algunos recurrentes para interponer la demanda; la mayoría exigible

para aprobar el acuerdo adoptado; el transcurso del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción; y, por último, si el contenido del acuerdo impugnado incurre en abuso de derecho.

2.2. La legitimación de los comuneros impugnantes.

Se cuestiona si los actores ostentan legitimación para la impugnación del acuerdo social. Dicha materia viene contemplada en el artículo 18.2 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH), que -por un lado- dispone que están legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto, y, por otro, exige a los comuneros que pretendan impugnar los acuerdos de la comunidad que: o bien estén al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad; o bien hayan procedido previamente a la consignación judicial de las mismas.

La sentencia, en lugar de optar por una lectura meramente literal del precepto legal, considera que el artículo 18.2 se ha de interpretar en relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, haciendo una reproducción de la doctrina que el Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre este derecho fundamental (SSTC de 14 de diciembre de 1.998; 88/1997; 150/1997; 184/1997; 38/1998; de 30 de enero de 2.003; 185/1987, de 18 de noviembre; 193/2000, de 18 de julio, FJ 2; 77/2002, de 8 de abril, FJ 3; 106/2002, de 6 de mayo; 211/2002, de 11 de noviembre; 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 119/1998, de 4 de junio, FJ 1; 153/2002, de 15 de julio, FJ 2; 172/2002, de 195/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 3/2001, de 15 de enero, FJ 5; 191/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 78/2002, de 8 de abril, FJ 2; 172/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 158/2000, de 12 de junio, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; 160/2001, de 5 de julio, FJ 3; 88/1997; 37/1995; 170/1996; 211/1996; 7 de noviembre de 1994; 16 de noviembre de 1998; 8 de marzo de 1999; y 7 de febrero de 1995). Así, expone la sentencia:

"El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional, de configuración legal ... Por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva consagra el derecho fundamental a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteadas ante él, salvo que lo impida una causa de inadmisión fundada en un precepto expreso de una Ley, que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho...".

De acuerdo con ello,

"...los obstáculos para el acceso a la jurisdicción que se establezcan por las leyes sólo serán admisibles si tratan de preservar otros derechos de índole constitucional, y, desde luego, siempre que guarden adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, rigiendo -para ello- el principio *pro actione*, desarrollado por la jurisprudencia constitucional, ... que impone la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. En virtud de dicho principio, el derecho a obtener una respuesta judicial sólo puede limitarse válidamente si se satisfacen las exigencias del principio de proporcionalidad, inherentes a la restricción de todo derecho fundamental. El principio *pro actione* exige, así, que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la *ratio* de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad. Por ello, las decisiones judiciales de terminación del proceso son constitucionalmente legítimas siempre que el razonamiento responda a una interpretación de las normas legales conforme a la efectividad del derecho fundamental."

La sentencia concluye que los propietarios demandantes:

"...estarían legitimados con cumplir únicamente el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas de comunidad, sin que sea preciso que concurra ninguno de los otros tres requisitos señalados en el párrafo segundo, ...por la sencilla razón de que no han podido concurrir, sobre todo los referidos a salvar el voto o a ser privado indebidamente del mismo, porque si efectivamente se produjo esa privación del voto en la junta de propietarios, es obvio que no pudieron expresar su voluntad."

El Tribunal interpreta los requisitos que se contemplan en el artículo 18 de la LPH a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que desarrolla el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta doctrina contempla la vigencia del principio *pro actione*, que impone la verificación de los criterios derivados del principio de proporcionalidad en la interpretación de las normas procesales.

Por tanto, el Tribunal en el desarrollo del proceso interpretativo ("interpretación-proceso"), y con independencia de la decisión adoptada en última instancia, pretende la búsqueda de la solución más vinculada a los derechos fundamentales (derecho a la tutela judicial efectiva) y a los principios que los desarrollan. Y en base las circunstancias concurrentes en el caso y valorando la doctrina

constitucional relativa a los derechos fundamentales genera una interpretación más flexible del citado artículo, no tan coincidente con su sentido gramatical estricto. Para ello se fundamenta, no sólo en las leyes ordinarias (LPH), sino también en la Constitución española y en los principios citados en la jurisprudencia constitucional (principios de proporcionalidad y *pro actione*), vinculados con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de la Constitución.

Desde la perspectiva de la argumentación material, la sentencia acude, para resolver la legitimación de los comuneros, a distintas razones para fundamentar sus decisiones. Las jurídicas han sido aludidas con anterioridad, debiéndose enfatizar la relevancia que los principios asumen en esta cuestión. Evidentemente, también son incluidas razones extrajurídicas (los hechos que fundamentan las pretensiones y la valoración de la prueba).

Se introduce un razonamiento que no sólo es explicativo sino también justificativo, al incorporar la interpretación que del derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 24 CE mantiene la doctrina del Tribunal Constitucional.

Por último, desde la perspectiva formal, el pronunciamiento de la sentencia que examinamos recurre al esquema argumentativo subsuntivo, si bien también el principio de proporcionalidad y el principio *pro actione* se erigen en *ratio decidendi* de la decisión adoptada, legitimando una interpretación más flexible del artículo 18 LPH.

Es evidente que el resultado de la interpretación efectuada por la sentencia supera, en mucho, los parámetros del juez legalista, de la Escuela de la Exégesis. Pero también la concepción kelseniana de Constitución propia del juez formalista, según la cual la misma era una norma meramente formal, de competencia y procedimiento, y sólo hasta cierto punto de contenido, en la que se condicionaba la eficacia directa de la Norma Suprema. Tampoco identificaríamos la interpretación desarrollada con el modelo del juez activista, en la medida en que no se genera una reelaboración de la norma legal, ni del juez creador hartiano, dado que la Constitución es concebida en el proceso interpretativo como un conjunto de principios que han de irradiar la interpretación de las normas legales.

La aplicación de esta doctrina constitucional es más encuadrable en el modelo del juez integrador, pues es la aplicación de determinados principios, que tienen como

fundamento último el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y los valores que el mismo implica, la que condiciona la interpretación del artículo 18 de la LPH, pese al tenor, aparentemente nítido, de su contenido. Serían resaltables, por tanto, varios pilares del pensamiento jurídico dworkiano. El primero, la valoración de los derechos de los litigantes en el supuesto planteado. El segundo, la necesidad de conseguir una interpretación en la que opera la idea de integridad, en la que los materiales jurídicos se vean como una unidad, de forma que sea el conjunto de preceptos reguladores de una materia, y no el análisis puntual de uno de ellos, la que protagonice el proceso interpretativo. El tercero, vendría constituido por la influencia y relevancia de los principios (en este caso, el de proporcionalidad y *pro actione*), los cuales obedecen a determinados valores propios de nuestro Derecho, que condicionarían la interpretación del artículo dado, matizando el tenor literal de esta disposición en el supuesto concreto. Como refiere Dworkin, el positivista debe argumentar que hay estándares que en sí son obligatorios para los jueces, que determinan cuándo un juez puede anular o alterar una norma establecida y cuándo no. Para Dworkin, en cambio, los principios pueden cambiar una norma jurídica existente, siempre que el cambio favorezca algún principio, si bien se deben considerar algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios¹.

En última instancia, la ponderación es aludida por la jurisprudencia citada para aplicar el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva. Y si bien esta ponderación no se desarrolla de una forma expresa a través del conocido "test de proporcionalidad", ello también nos enmarca también en el ámbito del juez integrador.

¹ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002. Pág. 91. Dworkin detalla que “para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes”. Pág. 95.

2.3. Plazo de caducidad de la acción.

La segunda cuestión interpretativa que se plantea es si las acciones ejercitadas han caducado por haber transcurrido el plazo legal, que viene contemplado en los artículos 9 y 18 de la Ley de la Propiedad Horizontal. Una vez más, los problemas de interpretación se sitúan en lo que venimos denominando la "interpretación de la ley" (en este caso concreto, de los artículos citados de la LPH).

En primer lugar, la sentencia determina que, en base a la doctrina jurisprudencial existente, los plazos establecidos en el referido artículo son de caducidad, y no de prescripción, fundamentando dicha posición en la doctrina establecida en precedentes jurisprudenciales previos.

En segundo lugar, considera que los plazos que determina la Ley de Propiedad Horizontal son de aplicación a aquellos acuerdos susceptibles de sanación o convalidación, pero no a aquellos otros que son nulos radicalmente, que no son susceptibles de convalidación, los cuales son ineficaces de modo insubsanable. Diferencia, por tanto, la sentencia entre los acuerdos: contrarios a la ley en los términos del artículo 6.3 Código civil, que son nulos sin posibilidad de subsanación; y los contrarios a normas de la Ley de Propiedad Horizontal o contrarios a los estatutos privativos, que admiten, de ordinario, la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción. En este sentido expresa:

"... la Sentencia de 22 de mayo de 1992, declara que jurisprudencia reiterada de esta Sala, viene poniendo de manifiesto que sólo causas de nulidad, fundadas en normas que no sean reglas, aún imperativas y prohibitivas de la misma Ley de Propiedad Horizontal, pueden propiciar aquella distinción; así, la sentencia de 25 de noviembre de 1988, que se refiere, de un lado, a los acuerdos contrarios a la Ley en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil (lo que aparejaría la nulidad de pleno derecho) y, de otro, a los acuerdos contrarios a normas de la Ley de Propiedad Horizontal o contrarios a los estatutos privativos que admiten, de ordinario, la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción. Consecuentemente, siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la propiedad horizontal, como es el caso, la jurisprudencia sostiene que para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los treinta días siguientes al que se adoptó o a la notificación conforme previene el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y aún así el acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión (sentencia de 17 de abril de 1990; en análogo sentido, sobre la caducidad, sentencia de 5 de febrero de 1991)."

La resolución, partiendo de la consideración de que en este caso nos encontramos ante acuerdos susceptibles de subsanación, concluye que, en virtud del resultado de las pruebas obrantes en autos, en el caso concreto no ha transcurrido el plazo legalmente establecido para el transcurso del plazo de caducidad.

La sentencia alude para la resolución de esta incidencia a la jurisprudencia que desarrolla el artículo 18 y los distintos tipos de acuerdos a los que se refiere, la cual – ante la generalidad de los conceptos empleados en el precepto legal- genera una doctrina que no sólo completa y desarrolla los criterios establecidos en la legislación, sino que amplía de forma sustancial el contenido del artículo 18 LPH. Ello, esencialmente en dos cuestiones: una primera, en virtud de la cual se considera que el plazo que contempla la ley es de caducidad y no de prescripción; y una segunda, consistente en la distinción que se establece entre acuerdos nulos de pleno derecho, contrarios al artículo 6.3 del Código Civil, y acuerdos anulables, que son los que expresamente se regulan en la Ley de Propiedad Horizontal.

La problemática que se aprecia en la interpretación alude a lo que Kelsen denominó la "determinación no intencional" de la norma y Hart un ejemplo de la "textura abierta" del lenguaje jurídico.

El Tribunal se limita a referir los precedentes jurisprudenciales previos. No obstante, la interpretación construida por estos supone una ampliación notable del contenido del artículo 18 LPH, en términos tales que generan Derecho nuevo, pues no sólo declara que el plazo legal es de caducidad (lo que podría calificarse como una mera interpretación del tenor literal de la norma), sino que indica que, junto a los acuerdos citados en el artículo estudiado, existen otros que son nulos de pleno derecho, configurando, así, una nueva categoría de acuerdos no expresados en el artículo analizado de la Ley de Propiedad Horizontal, en base, fundamentalmente, al contenido del artículo 6.3 del Código Civil.

En el ámbito argumentativo se aluden, como razones jurídicas, a los preceptos legales, anteriormente citados, así como a la jurisprudencia también reproducida, que constituye una razón no práctica, en la medida en que desarrolla el contenido y alcance del artículo 18 LPH.

Por ello, las escasas referencias que en la génesis de esta doctrina se incluyen a los derechos de los litigantes o a los principios, la influencia del artículo 6.3 del Código Civil (interpretación sistemática) y la alusión a la doctrina jurisprudencial previa (como razón no práctica, si bien su cita es limitada, lo que reduce la dimensión justificativa del razonamiento) y el recurso al esquema subsuntivo nos situarían en una opción interpretativa más próxima a la teoría hartiana (juez creador).

2.4. Mayoría exigida para la aprobación del acuerdo.

La tercera cuestión problemática que se suscita en la sentencia es la concreción de la mayoría que debe ser exigida para la adopción del acuerdo que ha sido impugnado, considerando el objeto del mismo y las reglas que sobre la adopción de los acuerdos se contemplan en la Ley de Propiedad Horizontal (artículo 17 de la LPH). El asunto que se plantea está vinculado a la ambigüedad de los términos incluidos en el precepto legal aplicable (en cuál de los diferentes tipos de acuerdos, de los detallados en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal², se encuentra el acuerdo impugnado).

² El artículo 17 dispone: "1. La unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad.

El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. El arrendamiento de elementos comunes que no tenga asignado un uso específico en el inmueble requerirá igualmente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta Ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.

2. La instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación regulados en el Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes, las como la instalación de sistemas comunes o privativos, de aprovechamiento de la energía solar, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, podrá ser acordada, a petición de cualquier propietario, por un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación. 3. El establecimiento o supresión de equipos o sistemas distintos de los mencionados en el apartado anterior que tengan por finalidad mejorar la eficiencia energética o hídrica del inmueble, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a esta norma obligan a todos los propietarios. No obstante, si los equipos o sistemas tienen un aprovechamiento privativo, para la adopción del acuerdo bastará el voto favorable de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de

Se plantea, por tanto, nuevamente, una cuestión en el ámbito de la “interpretación de la ley”, concretamente, del artículo de la LPH aludido.

Para la interpretación de los criterios incluidos en el artículo 17 LPH la sentencia parte de los precedentes jurisprudenciales preexistentes, los cuales son partidarios de una interpretación flexible de las normas reguladoras de las mayorías exigidas para la adopción de los distintos acuerdos sociales. La sentencia concluye que la tendencia de la jurisprudencia actual, por tanto, es la de no exigir la unanimidad para la aprobación de los acuerdos que versen sobre obras que, aún afectando a elementos comunes, sean de interés general para la comunidad (como es el supuesto enjuiciado):

"... es mayoritaria la jurisprudencia partidaria de la interpretación flexible de dichas normas. En este sentido, la sentencia de 23 de julio de 2.004 declara que: "La línea jurisprudencial seguida últimamente por la Sala de Casación Civil está orientada a sostener un criterio flexible interpretativo, que alcanza pleno sentido y amparo interpretativo correcto en la procura de una convivencia normal y pacífica, tratándose de evitar y menos fomentar las frecuentes guerras de comunidades con la alteración inevitable de la convivencia que ha de estar presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades efectivas de la comunidad, debiendo predominar sobre empeños y caprichos personales o actuaciones egoístas y abusivas por falta de justificación racional, conforme a una adecuada aplicación sociológica (Sentencia de 13-7-1994)". En parecidos términos, la sentencia de 5 de mayo de 2.000 declara que: "En vista de tales circunstancias cabe estimar que se trata de un supuesto encajable en la suficiencia de la mayoría (acto de administración), sin necesidad de la unanimidad, solución que responde a la adopción de un criterio flexible, en armonía con las líneas directrices de la Ley de 21 de julio de 1960 (atención a la realidad social de los hechos; función económico-social del régimen de propiedad horizontal; logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de la justicia; y contemplación de las relaciones de vecindad, transcendencia de la materia y necesidades de la colectividad como factores valorativos para la decisión de problemas); criterio flexible, por cierto, al que no es ajena la propia jurisprudencia (como es de ver en las Sentencias de 19 enero y 23 diciembre 1982 y 25 febrero 1992), incluso acudiendo a la interpretación sociológica (S. 13 julio 1994), o a la aplicación de la doctrina de los actos de emulación (Ss. 20 marzo 1989 14 julio 1992) justificada por el rechazo jurídico que merecen las conductas antisociales y abusivas que sin

participación, aplicándose, en este caso, el sistema de repercusión de costes establecido en el apartado anterior. Si se tratara de instalar en el aparcamiento del edificio un punto de recarga de vehículos eléctricos para uso privado, siempre que éste se ubicara en una plaza individual de garaje, sólo se requerirá la comunicación previa a la comunidad de que se procederá a su instalación. El coste de dicha instalación será asumido íntegramente por el o los interesados directos en la misma.⁴ Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán validos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes."

interés reconocible causan un perjuicio a los demás; y criterio flexible, en definitiva, también contemplado en la reciente redacción de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/1999, de 6 de abril (art. 17, antes 16)".

De lo expuesto podemos deducir que los precedentes jurisprudenciales citados se fundamentan para sostener una concreta posición interpretativa en los siguientes criterios: sociológico, lógico-sistemático y teleológico, así como también en la delimitación del concepto de "título constitutivo" (en aras a diferenciar los acuerdos que afectan al mismo -que sí exigen unanimidad- de los que no lo hacen).

El Tribunal que dicta la sentencia efectúa una síntesis de la doctrina jurisprudencial existente sobre el artículo 17 LPH, más concretamente, sobre las mayorías exigidas para la aprobación de los distintos acuerdos. La cantidad de precedentes incluidos en la sentencia sobre la cuestión objeto de análisis³ introducen un razonamiento justificativo, que pretende detallar los criterios de los precedentes y reducir la discrecionalidad del propio intérprete.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en este punto fundamenta su posición interpretativa en una pluralidad de criterios (el contexto de la propia norma –preámbulo-, las reformas legislativas precedentes, la realidad y las necesidades sociales y la delimitación del concepto de "título constitutivo") que no obedecen tanto a los elementos postulados desde la teoría dworkiana (juez integrador), pues no incluyen principios ínsitos de la materia en cuestión, sino a distintos elementos heterogéneos que, sobre la base del contenido de los preceptos legales, se corresponden con los parámetros que desde el juez creador hartiano se mantienen para fundamentar una decisión discrecional (objetivos sociales o metas de la comunidad, criterios de la conveniencia e, incluso, a principios morales⁴). Y aunque es preciso reconocer que la solución adoptada pretende ofrecer una interrelación del precepto aplicable con otros contemplados en la misma norma legal, ofreciendo, en cierta medida, una interpretación

³ Se citan las siguientes sentencias del TS: sentencia de 23 de julio de 2.004, de 13 de julio de 1994, de 5 de mayo de 2000, de 19 enero y de 23 diciembre de 1982, de 25 febrero de 1992, de 30 de marzo de 1999, de 2 de noviembre de 2004, de 6 de julio de 2005, de 15 de febrero de 1988, de 19 de noviembre de 1996, de 3 de marzo de 2003, de 31 de marzo de 1995, de 30 de enero de 1996, de 5 de diciembre de 1989 y de 9 de junio de 2004.

⁴ LÓPEZ RUF, P. "Dos modelos de adjudicación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 229-236.

que valora conjuntamente los grupos de normas o preceptos, en lugar de un precepto aislado, dicho estudio no se basa en los principios que fundamentan este ámbito concreto del Derecho Civil⁵, sino en un estudio lógico-sistemático de los preceptos legales (del Derecho positivo).

Tampoco la solución se incluiría en el modelo del juez realista, en la medida en que, aunque la propia sentencia pondera las consecuencias que la interpretación de la ley puede ocasionar en las comunidades de vecinos (la procura de una convivencia pacífica) aquélla se ciñe a los límites ya preestablecidos por la jurisprudencia precedente.

En el ámbito argumentativo, la sentencia, junto a las razones prácticas, utiliza razones no prácticas, esencialmente concretadas en las múltiples referencias jurisprudenciales existentes en la sentencia, a través de las cuales se pretende, por un lado, ampliar y precisar los conceptos legales incluidos en la normativa legal y, por otro, obtener una interpretación coherente con la doctrina jurisprudencial preexistente.

En suma, las razones utilizadas, por tanto, en la sentencia, tanto jurídicas (preceptos legales y jurisprudencia) como morales (la consecución de "una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de la justicia", que constata cierto influjo de la moral crítica) corroboran esta conclusión. Ahonda aún más en esta consideración el dato de que, desde la perspectiva formal, se recurra al esquema argumentativo subsuntivo.

2.5. El abuso del derecho.

La cuarta cuestión jurídica que se suscita en la resolución del recurso se ciñe a concretar si los acuerdos adoptados incurren en abuso del derecho ("interpretación de la ley", concretamente, del artículo 18.1.c de la LPH⁶). Se pretende, por tanto, analizar si el acuerdo impugnado es abusivo. Para ello, la sentencia desarrolla

⁵ Indicaba Dworkin que el principio de integridad implica que los materiales jurídicos deben verse como una unidad, que viene conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. Así, el intérprete ha de operar como si el Derecho fuera fruto de una voluntad y esos principios representaran sus intenciones.

⁶ Este artículo dispone: "Los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los tribunales, de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, en los siguientes supuestos:... c) Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho."

el concepto que la jurisprudencia ha configurado del abuso del derecho, de acuerdo con los requisitos que son precisos para que el mismo concurra:

"a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. La apreciación del mismo exige, así, que la base fáctica de la pretensión ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio al ser utilizado en contradicción con sus fines económicos y sociales) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)."

La finalidad de esta figura pretende, según expone la sentencia, frustrar el éxito del ejercicio de derechos nominalmente reconocidos por el ordenamiento, lesionadores de intereses no cubiertos por una estricta legalidad, pero sí por normas éticas o principios sociales, como proclama el artículo 7.2 del Código Civil⁷.

En última instancia, la sentencia desarrolla el concepto que la jurisprudencia ha establecido sobre la buena fe:

"La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos que el artículo 7.1 del Código Civil consagra, conlleva, como ya proclamaron las sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1981, 21 de mayo de 1982 y 21 de septiembre de 1987, que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajuste a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos, dicho principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, en definitiva, conforme a lo que por un autorizado sector de la doctrina científica se concreta, la buena fe en sentido objetivo consiste en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija".

En base a esta doctrina y al objeto y finalidad que tenía el acuerdo impugnado la sentencia concluye, finalmente, que aquél no se ha adoptado en abuso de derecho.

La cuestión que se plantea en este caso está, nuevamente, provocada por la generalidad de los términos o conceptos incluidos en las normas, los cuales son objeto de concreción mediante los criterios que introducen los precedentes jurisprudenciales

⁷ Esta disposición determina: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

que se citan, los cuales desarrollan los conceptos de "abuso del derecho", "grave perjuicio" y el de "buena fe", siendo, incluso, el segundo de ellos calificado como "confuso" por la propia sentencia. Tales precedentes -a su vez- recurren con este objetivo a nuevos conceptos de difícil concreción y vinculados a la moral para configurar aquellos, como la "inmoralidad o antisocialidad del daño", el respeto a las "normas éticas o principios sociales" o el "ajuste a normas éticas" o a "a los imperativos éticos de la conciencia social".

La moral crítica, por ende, asume una considerable función en la integración del significado de los términos aludidos en el precepto legal de la Ley de Propiedad Horizontal. Los principios morales, los objetivos sociales y los intereses de los afectados, aludidos por Hart como factores para integrar ámbitos de discrecionalidad existentes en las normas, se erigen, por tanto, en el principal pilar para delimitar la "textura abierta" y la vaguedad de los conceptos legales en este supuesto concreto, lo que trasluce la presencia de elementos propios del juez creador.

Además, los criterios en base a los cuales la jurisprudencia caracteriza el abuso del derecho y la buena fe otorgan al juzgador un ámbito considerable de discrecionalidad para precisar si en el caso concreto el ejercicio de un determinado derecho puede ser considerado como abusivo o si es contrario a la buena fe, pues los parámetros en base a los cuales se delimitan estos conceptos se vinculan con el respeto de normas éticas o principios sociales, cuya observancia puede ser apreciada desde múltiples pautas y valores por el juez. De forma que la "interpretación-producto" no delimitaría de forma precisa la solución última adoptada, al permitir un amplio margen de valoración de las circunstancias concurrentes al Tribunal, en función de los términos en los que el órgano judicial pondere la observancia y el respeto de la moral ideal propuesta en cada momento desde la propia sociedad.

En el ámbito argumentativo, las razones jurídicas aducidas vienen constituidas por normas legales, tanto de la LPH y del Código Civil. Estas normas constituyen razones prácticas. Las razones no prácticas, que permiten desarrollar e interpretar las anteriores, vendrían constituidas por la jurisprudencia. Asimismo, desde la perspectiva formal, únicamente se recurre al esquema subsuntivo. De forma que -si bien la prolífica cita de jurisprudencia introduce un razonamiento justificativo, en la medida en que se

pretende enmarcar la solución adoptada en los precedentes ya consolidados⁸ - todas las constataciones anteriores nos aproximarían al que hemos denominado juez creador.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 25 DE MARZO DE 2010 (PONENTE EXMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS). JURISDICCIÓN CIVIL.

3.1. Objeto del procedimiento.

En esta sentencia la parte recurrente, demandante en primera instancia, ejercita una acción para solicitar la condena al abono de una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de circulación de vehículos a motor. En la sentencia se interpreta el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (en adelante, también se denominará como LRCSCVM), y el Anexo que se incluye en el mismo. Dicho Decreto Legislativo determina unas bases para la concreción de las indemnizaciones derivadas de lesiones ocasionadas por accidentes de circulación, las cuales se configuran como parámetros imperativos para la cuantificación de este tipo de indemnizaciones.

En la sentencia se discuten, esencialmente, los conceptos que han de estar comprendidos en el *quantum* de la indemnización que por lucro cesante puede corresponder en al lesionado-demandante: si aquélla ha de estar limitada por la cantidad establecida en los distintos factores de corrección deducidos del tenor literal de las Tablas del Baremo, contempladas en el Real Decreto 8/2004, o si, por el contrario, se pueden incluir otros conceptos añadidos e indemnizables, en base a lo dispuesto en el apartado primero.7 del Anexo⁹, para el supuesto de que se acreditase que la

⁸ Se citan los siguientes, tanto del Tribunal Supremo como de la propia Audiencia Provincial: sentencia de 30 de mayo de 1.998, de 5 de junio de 1.972, 14 de febrero de 1944, de 25 de noviembre de 1960, de 10 de junio de 1963, de 12 de febrero de 1964, de 17 de febrero de 1959, de 22 de septiembre de 1959, de 4 de octubre de 1961, de 27 de febrero de 1958, de 4 de marzo de 1959, de 7 de junio de 1960, de 17 de abril y 17 de noviembre de 1954, de 12 de febrero de 1966, de 21 de diciembre de 2.000, de 11 de mayo de 1.988, de 8 de julio de 1981, de 21 de mayo de 1982, de 21 de septiembre de 1987, de 16 de julio de 2009, de 16 de julio y 22 de octubre de 1996, de 18 de marzo de 1999, de 30 de enero de 1996.

⁹ Dicho apartado indica: “La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas, y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de

indemnización concedida en base a los anteriores factores no alcanzase a reparar todos o la mayor parte de los perjuicios efectivamente sufridos por el recurrente.

3.2. La interpretación-proceso y la interpretación-producto.

La sentencia efectúa un detallado análisis de la actual regulación del baremo incluido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de forma que la aportación doctrinal efectuada por el Alto Tribunal crea una nueva doctrina mediante el desarrollo de una interpretación sistemática del conjunto de las normas que, sobre el cómputo de la indemnización de daños y perjuicios, están comprendidas en el Anexo del Real Decreto 8/2004. Todas ellas son relacionadas con el principio de la reparación íntegra, relevante en la materia relativa a la responsabilidad extracontractual (contemplado en el artículo 1106 del Código Civil), dado que el Tribunal parte de la consideración de que en la concreción de la cuantía total de la indemnización se ha de valorar y priorizar el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados, pues, en virtud del mismo, aquélla ha de comprender, si no la totalidad, una parte razonable del lucro cesante originado por el accidente de circulación.

Como se reconoce en la resolución, el propio baremo prevé expresamente disposiciones específicas que tienen como objeto reparar el lucro cesante, a la vista de las referencias que en el mismo se incluyen a los "gastos correspondientes al daño emergente" (esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral, incluidos en el Anexo segundo, Tabla II), al factor de corrección por perjuicios económicos y a las cantidades que se especifican en el baremo en los supuestos de incapacidad permanente parcial, total o absoluta.

Sin embargo, la sentencia concluye que, pese a ello, dicho sistema de valoración del lucro cesante puede ser insuficiente, al no ser totalmente proporcional. Por ello, indica:

trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes.”

"Todo lo expuesto permite concluir al Tribunal que existe en la actual regulación establecida en el baremo una antinomia entre la consagración del principio de la íntegra reparación para la determinación de los daños causados a las personas en accidente de circulación, por una parte, y la cuantificación para la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima que resulta de la aplicación de los factores de corrección."

Pero, a pesar de esta constatación, la Sala detalla que la cuantificación del daño, según el artículo 1.2 LRCSCVM, debe realizarse con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley, es decir, mediante el denominado baremo, no admitiendo, en ningún caso, una extralimitación de los límites incluidos en las tablas. La sentencia fundamenta esta posición en los siguientes motivos:

- La utilización del presente de indicativo en el Anexo, primero, 7, a diferencia de lo que ocurre en relación con los criterios establecidos en los demás apartados del Anexo, primero, que aparecen redactados en tiempo futuro, impide atribuir a los criterios del Anexo, primero, 7, un valor normativo corrector de los límites establecidos en la Tablas.
- El régimen de responsabilidad civil por daños a las personas causados a la circulación descansa sobre la cuantificación del daño mediante la aplicación de los criterios y límites que componen el sistema de valoración.
- No es extensible el incremento de la indemnización en base a los criterios contemplados en la STC 181/2000 (que sólo afectó a la interpretación del apartado B) de la Tabla V del Anexo), pues no debe ser extendido este criterio a los daños incluidos en otras Tablas, dado que aquella sentencia se refiere a un perjuicio ya producido (indemnización por días de sanidad), frente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros (por fallecimiento y secuelas), que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo.

No obstante, finalmente, la sentencia reconoce la posibilidad de que los factores de corrección relacionados con la incapacidad permanente puedan ampliarse en virtud de las circunstancias contempladas en el nº 7, apartado primero del Baremo:

"una interpretación sistemática obliga a abandonar la mens legislatoris (intención de legislador) y entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser solo los expresamente calificados como de aumento o

disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño".

En conclusión, la sentencia determina que los criterios contemplados en el Anexo primero, 7, del Baremo, tienen el carácter de reglas de principio interpretativas y de cobertura de lagunas en las Tablas, permitiendo el incremento, en base a las mismas, de la cantidad indemnizable en concepto de lucro cesante, aunque siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- i. Que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.
- ii. Que este desajuste no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección.

Además, señala la sentencia unos parámetros para la aplicación de este factor de corrección:

- 1) "La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación.
- 2) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.
- 3) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.
- 4) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV."

La interpretación desarrollada en esta sentencia (que crea un nuevo factor de corrección por vía jurisprudencial), si bien se centra en el estudio de las Tablas contempladas en el Decreto 8/2004 (“interpretación de la ley”), relaciona las mismas con el Anexo, primero, 7, mediante un amplio análisis e interrelación de los distintos factores de corrección contemplados en el Baremo, y desarrolla una interpretación sistemática en la que colige que los factores de corrección legales son insuficientes y que existe una laguna (que entendemos como axiológica y no estrictamente normativa) para la adecuada reparación del perjuicio causado, pues el contenido de las tablas no permite satisfacer plenamente las exigencias del principio de reparación íntegra. Se configura, así, jurisprudencialmente, un nuevo factor de corrección.

La sentencia, enfatizándolo de una forma expresa, soslaya la que entiende fue la voluntad del legislador (la *mens legislatoris*), para situarse en el plano de la *mens legis*, superando los límites que aquél se impuso, con la finalidad de que la indemnización por lucro cesante sea susceptible de ser incrementada mediante unos nuevos elementos correctores que se introducen en el contenido del baremo, en calidad de doctrina jurisprudencial, amparándose en la generalidad de los conceptos y términos empleados por el legislador (la denominada “textura abierta” del lenguaje jurídico o la “indeterminación no intencional”). Se desarrolla una interpretación, en suma, que se fundamenta en el principio de reparación íntegra y que se genera en base a una relación entre los distintos preceptos de la norma objeto de aplicación al caso, en este supuesto, el baremo de tráfico, y mediante la analogía de los criterios ya incluidos en los factores de corrección detallados en el Baremo.

La nueva jurisprudencia se construye, por tanto, en torno a dos principios esenciales: el principio de reparación íntegra (que legitima al Supremo para ampliar la cantidad concedida por lucro cesante y en base al cual se aprecia la existencia de una “laguna axiológica”) y, por otro lado, el principio de legalidad (que limita el ámbito de aplicación del nuevo factor corrector a la Tabla IV y que condiciona los requisitos y presupuestos del factor corrector fijado por el Alto Tribunal), si bien también la resolución incluye como fuentes del Derecho a la ley (el Real Decreto 8/2004 y el artículo 1.106 del Código Civil, que reconoce el principio de reparación íntegra).

La "interpretación-producto" que muestra la resolución analizada refleja un amplio ámbito de discrecionalidad en el proceso de interpretación, amparado en la generalidad de los términos que introducen las leyes, si bien el propio Tribunal, en aras a salvaguardar el principio de legalidad, introduce distintos requisitos y condiciones de aplicación del nuevo factor de corrección, con el objetivo de hacer compatible el mismo con los preceptos vigentes del baremo, garantizar la proporcionalidad de la indemnización y, asimismo, condicionar la ulterior discrecionalidad de los jueces que apliquen esta doctrina en posteriores litigios

3.3. Los modelos de juez en la sentencia.

En esta sentencia se supera el modelo de juez legalista, aunque entendemos que también el del juez formalista, pues la literalidad (el marco) de la ley queda ampliamente superada. Tampoco se identifica la solución adoptada con el modelo interpretativo del juez integrador, dado que la resolución judicial no alude en absoluto a los propios precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal, ni siquiera para justificar los motivos por los que se aparta de los mismos, aun reconociendo la relevancia que se otorga a la sentencia 181/2000 del Tribunal Constitucional. Ello provoca que la solución interpretativa adoptada en la sentencia examinada esté fundada, esencialmente, en el análisis de los propios términos y conceptos contemplados en el articulado del baremo. El contenido de la nueva doctrina y los criterios que la sustentan, su solución interpretativa, por tanto, no se identifica con la única respuesta correcta dworkiana. Las condiciones y los requisitos establecidos para la aplicación del nuevo factor de corrección, en los que el Tribunal asume una amplia discrecionalidad, así lo demuestran.

Los fundamentos de la sentencia no estarían incardinados, asimismo, en los criterios propios del juez activista, pues la doctrina contenida en aquélla está sumamente matizada y condicionada por el tenor de los preceptos legales, aunque es preciso reconocer que el Tribunal supera una interpretación meramente literalista del Baremo que regula los factores de corrección atendiendo a las peculiares circunstancias del supuesto enjuiciado, dada la relevancia del lucro cesante que sufrió el accidentado.

En general, la línea de interpretación incluida en la sentencia obedece a los postulados positivistas, fundamentalmente con el juez creador hartiano, lo que se infiere

de distintas constataciones. En primer lugar, porque las fuentes del Derecho que sustentan la resolución son, esencialmente, el propio contenido y los preceptos del baremo contenido en el Real Decreto 8/2004, dadas las escasas referencias de la jurisprudencia que se introducen en la misma, pues sólo se cita una sola sentencia del propio Tribunal Supremo, que, además, es de la Sala de lo Social (STS de 17 de julio de 2007), junto a otras resoluciones del Tribunal Constitucional (SSTC 181/2000, SSTC 42/2003, 231/2005, 258/2005, ATC de 26 de mayo de 2003), las cuales son citadas de una forma más tangencial y sólo para fundamentar la imposibilidad de que los pronunciamientos contenidos en la STC 181/2000 puedan ser ampliados a los factores de corrección por perjuicios económicos contemplados en las Tablas II y IV. En segundo lugar, porque, para la construcción de la nueva doctrina, el Tribunal recurre a elementos vinculados con el positivismo jurídico: pretende respetar, en la medida de lo posible, los criterios detallados en el Anexo del Baremo, recurriendo a una aplicación analógica del mismo y remitiéndose a los criterios que sobre compatibilidad de los distintos factores se incluyen en el Decreto Legislativo; y, por último, configura el nuevo factor corrector considerando como principios informadores los parámetros contemplados en el apartado primero 7 del Anexo del Baremo.

Es preciso reconocer, asimismo, que los pronunciamientos de la sentencia se sustentan en la apreciación de una laguna que consideramos axiológica, es decir, en el desviación que, en ocasiones, puede generarse entre el sentido inferido de una interpretación literal o gramatical de los criterios legales del Anexo del Baremo y las consecuencias propias del principio de reparación íntegra. Se apreciaría, en este sentido, lo que, desde la perspectiva del juez creador, hemos denominado una "incoherencia normativa". No obstante, la función que el principio de reparación íntegra asume en la sentencia corrobora la preponderancia que Dworkin otorgó a los principios en los procesos interpretativos, en la medida en que son capaces de condicionar de forma sustancial el sentido de la propia ley.

Pero es lo cierto que la Sala desarrolla en la sentencia una interpretación más analítica (proponer o adscribir un significado a través de un texto) que constructiva (el Derecho es una práctica social que impone una determinada actitud interpretativa¹⁰).

¹⁰ Véase ATIENZA, M. "Argumentación y constitución". Localizable en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf, a fecha de septiembre de 2011. Pág. 44.

Las razones jurídicas vienen asumidas en este supuesto concreto en su casi totalidad por los propios preceptos legales, aunque es destacable, asimismo, el principio de reparación íntegra, que se introduce como justificador de la nueva doctrina, y el principio de legalidad, que la delimita y configura. Las razones no prácticas vienen constituidas en esta sentencia, esencialmente, por las propias disposiciones del baremo o, incluso, en los antecedentes legislativos, y no tanto por la doctrina jurisprudencial precedente.

El razonamiento justificativo, a la vista de lo expuesto, no estaría apenas presente en este caso, pues el *iter* argumentativo de la sentencia se basa, casi en su totalidad, en un pormenorizado análisis e interrelación del conjunto de los preceptos legales del baremo. Desde la perspectiva formal de la argumentación, el esquema subsuntivo es el único presente en la sentencia. Estas últimas consideraciones también nos vinculan con el modelo del juez creador.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN DÉCIMA, DE 20 DE MAYO DE 2011 (PONENTE: ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA PLANCHAT TERUEL). JURISDICCIÓN PENAL.

4.1. Objeto del procedimiento.

En el procedimiento penal, sumario, en el que se dicta la sentencia que examinamos, se enjuicia la posible comisión por parte de distintos acusados de diversos delitos contra la salud pública y de tenencia ilícita de armas, aunque, dado que durante la instrucción de la causa se practicaron distintas diligencias de entrada y registro e intervenciones telefónicas, cuya nulidad se instó por las defensas de los acusados durante la celebración de la vista, la Audiencia también se pronuncia sobre los términos en los que se autorizaron y acordaron aquéllas. En el estudio de la sentencia diferenciaremos entre los diferentes aspectos examinados en la misma, distinguiendo entre aquellos que afectan al Derecho Penal sustantivo de los que son atinentes al Derecho Procesal, concretamente, las diligencias de investigación practicadas durante la fase de instrucción que afectan a derechos fundamentales: diligencias de entrada y registro y diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas.

4.2. Derecho Penal sustantivo.

A) Agravante de organización criminal.

La sentencia acude a la doctrina del Tribunal Supremo¹¹ para delimitar el concepto de organización criminal, indicando que la misma se caracteriza por la existencia de:

"... un plan previo, una coordinación (normalmente mediante jerarquía) y una división de tareas con cierta noción de permanencia (no obstante conciliable con la alternativa de transitoriedad y de ocasionalidad)."

También incide en los criterios que ha delimitado la jurisprudencia para distinguir la coautoría de la organización criminal (SSTS de 27 de junio de 2007, 18 de julio, 5 de noviembre de 2008, 22 de enero de 2009, 30 de noviembre de 2006).

"... el elemento diferencial de la organización, respecto del concurso de personas, consiste en la reunión de un número de personas vinculadas por una finalidad común que debe ser alcanzada mediante el sometimiento de la voluntad de cada uno a la decisión del conjunto, con una distribución de tareas adecuada para la comisión de uno o varios delitos ... Requiere una actuación conjunta en la que quepa distinguir un sistema de jerarquías, aunque sea informal, de los miembros, una actividad mercantil ilícita y la ejecución controlada de la ejecución de los delitos o del delito... siendo lo decisivo ... la existencia de una empresa colectiva, de modo que se dé la posibilidad de desarrollo del plan conjunto de manera superadora de las individualidades; así que: la pluralidad de personas estén coordinadas dentro de una estructura más o menos estable, con distribución de tareas y empleo de medios de transporte o comunicación de sensible importancia, determinada ésta por factores como la extensión geográfica o la envergadura económica de esos instrumentos."

La sentencia se centra en los que hemos denominado "interpretación de la ley", dado que no se suscita dificultad alguna en el encuadre normativo de la figura examinada. Profundiza, en suma, este pronunciamiento de la resolución en el estudio específico del concepto de organización criminal, dado que el Código Penal (en adelante, CP) no contiene una definición expresa de la misma. Los problemas a los que se enfrenta, por tanto, son relativos a la ambigüedad de los conceptos empleados por el

¹¹ Cita en este ámbito las siguientes sentencias del TS: STS de 27 de junio de 2007, de 18 de julio, de 5 de noviembre de 2008, de 22 de enero de 2009, de 5 de noviembre de 2008, de 30 de noviembre de 2006, de 23 de septiembre de 2000, de 21 de enero y de 11 de marzo de 2003.

legislador, pues la resolución judicial pretende distinguir, conforme a diferentes criterios, entre los conceptos de coautoría y de organización criminal.

La doctrina que crea la sentencia, respetando los límites definidos por los términos contenidos en la ley, se basa, en gran medida, en la interrelación de los preceptos contemplados en el Derecho positivo y en las innovaciones introducidas en la legislación, pues la delimitación del concepto de organización para delinquir viene, parcialmente, derivada de la interrelación de distintos preceptos legales que han regulado la materia (criterio sistemático). Así, la sentencia alude al artículo 369.1 CP derogado, dado que, tras mencionar los elementos que caracterizan a la organización criminal, la sentencia matiza que dicha descripción es, “...no obstante, conciliable con la alternativa de transitoriedad y de ocasionalidad que el anterior número 2º del art. 369.1 CP integraba expresamente en la agravante”.

Asimismo, la resolución también menciona el artículo 369 bis del CP vigente y, por último, en el artículo 282 bis Ley Enjuiciamiento Criminal, al expresar:

“... resulta de interés la definición de delincuencia organizada que establece el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando, al tratar la figura del agente encubierto, permite extraer las siguientes notas: a) la forma jerárquica, de lo que deriva que aquellas personas de mayor responsabilidad (normalmente más apartadas del objeto del delito) dan las órdenes que otras ejecutan; b) el reparto de papeles o funciones, que permite el reemplazo personal sin afectar a la trama organizativa o; c) la vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, que propicia mayor eficacia criminal y mayor dificultad en su desmantelamiento.”

Los principios, valores o los derechos no asumen ningún protagonismo en el proceso interpretativo. Es el criterio sistemático el que se erige en el eje de la interpretación que viene ya acogida en los diferentes precedentes jurisprudenciales citados en la resolución.

Se recurre, en el ámbito argumentativo, al esquema subsuntivo. La ley y la doctrina jurisprudencial, que amplía el tenor literal de los preceptos legales, son las razones jurídicas que se constituyen en el eje de la argumentación de la resolución judicial.

B) Delito de tráfico de drogas (posesión de drogas con ánimo de tráfico).

Dispone la sentencia que la posesión de drogas con ánimo de tráfico:

"... entraña un elemento subjetivo del delito que precisa de la inducción de su existencia a partir de concretos apoyos objetivos... La STS de 15 de noviembre de 2007 enumera y compila los indicios más significativos, destacando la cantidad, la pureza, la variedad de la droga, las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentación para propagación, elaboración o comercialización o la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga. "

En este contexto, la sentencia analiza detalladamente la doctrina jurisprudencial existente sobre un indicio específico, la convivencia con el imputado por tráfico de drogas (SSTS de 1 de diciembre de 2010; 4 de diciembre de 1991; 4 de abril de 2000; 4 de febrero de 2002). Respecto de este indicio la resolución afirma que es necesario, para que un conviviente pueda ser considerado coautor del delito, que se constaten circunstancias adicionales, más allá de la convivencia, fundando dicho razonamiento en la vigencia del principio de culpabilidad, en las posibilidades que se conceden a los familiares de los imputados en los artículos 416 LECrim. y 454 del CP¹², así como en la figura de los delitos de comisión por omisión y la posición de garante ínsita en los mismos, que sólo procedería respecto de bienes propios del otro cónyuge, pero no respecto de los bienes jurídicos ajenos.

Una vez más, la sentencia desarrolla lo que hemos denominado la "interpretación de la ley", centrándose en el estudio del artículo 368 CP, con el objeto de concretar la generalidad de los términos contemplados en aquél. La doctrina desarrollada se basa, en gran medida, en la interrelación de los preceptos contemplados en el Derecho positivo, pues al analizar las circunstancias que han de concurrir para que la cohabitación con el poseedor pueda ser considerada como coautoría o colaboración delictiva, se recurre a los artículos 416 LECrim., 454 CP y a la figura del delito cometido por comisión por omisión (art. 11 CP), aunque también se alude en el análisis de la cohabitación con el acusado al principio de culpabilidad, que está expresamente contemplado en el artículo 5 CP.

¹² Este último artículo dispone: "Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1 del artículo 451."

C) Delito de tenencia ilícita de armas.

La sentencia parte de las consideraciones establecidas por la jurisprudencia para la delimitación conceptual de esta figura delictiva. Dicha jurisprudencia califica al delito de tenencia ilícita de armas como delito formal, de mera actividad y de peligro abstracto y especifica también que el elemento subjetivo del tipo sólo consiste en el conocimiento de dicha tenencia y la voluntad de dicha posesión, elementos que ha determinado la jurisprudencia del TS en distintas sentencias (SSTS de 9 de marzo de 1999, 1 de marzo de 2003, 18 de mayo de 2001 y 12 de febrero de 2002) en base a dos criterios: el bien jurídico protegido (que es la seguridad pública) y los precedentes legislativos (puesto que en la nueva redacción del tipo penal se ha suprimido el inciso "con propósito delictivo", que sí contenía la anterior redacción del antiguo artículo 264 del CP de 1973). Los conceptos empleados también ponen de manifiesto la influencia que la dogmática Penal ejerce sobre la jurisprudencia en este orden jurisdiccional, lo que denota la existencia de un diálogo fluido -en palabras de Fernández- entre estos dos ámbitos, que en el Derecho Civil parece no existir¹³.

La sentencia menciona cuatro requisitos que han de concurrir para que se pueda apreciar la comisión del delito de tenencia ilícita de armas, los cuales han sido configurados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estos requisitos restringen notablemente el ámbito de aplicación del artículo 563 CP. La sentencia examinada alude, concretamente, a la STC nº 24/2004, de 23 de febrero¹⁴, y a la STC 111/1999, de 14 de junio. La primera de ellas impone los cuatro requisitos anteriormente aludidos: 1) se precisa que los objetos o instrumentos en cuestión sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); 2) en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el Reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se

¹³ FERNÁNDEZ, T.R. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Iustel. Madrid. 2005. Pág. 108. La propia sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004, que analizaremos a continuación, menciona "los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica" como una de las pautas que ha de presidir la interpretación, conforme a la Constitución, de toda norma penal. FD 7º, apartado primero.

¹⁴ Esta sentencia fue dictada por el Tribunal Constitucional ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del contenido del art. 563 del Código Penal (regulador del delito de tenencia ilícita de armas), planteándose en el recurso que el artículo citado podía vulnerar el principio de reserva de ley orgánica en materia de desarrollo de las libertades y derechos fundamentales, prevista en el artículo 81.1 en relación a los artículos 53.1 y 25.1 de la Constitución.

introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una orden ministerial, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en materia penal; 3) que posean una especial potencialidad lesiva; 4) que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho Penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro, sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador.

Estos requisitos son establecidos por el Tribunal Constitucional¹⁵ en función de los siguientes elementos: principio de reserva de ley (debe excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una orden ministerial, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en materia penal); criterio gramatical (según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos "instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse", por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general, puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, no se configuren en el caso concreto como instrumentos de ataque o defensa); principio del bien jurídico protegido por el tipo penal, principio de proporcionalidad y principio de intervención mínima o última *ratio* del Derecho Penal, pues en virtud de tales principios la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico -la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos- frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo, por lo que sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador.

De lo expuesto se deduce que la "interpretación de la ley" que desarrolla la sentencia pretende concretar detalladamente el ámbito de aplicación del artículo 563 del CP, relativo a la tenencia ilícita de armas. La sentencia pretende superar la "textura abierta" de los términos del tipo penal, la generalidad de los mismos, solventando la

¹⁵ Nos referimos en este caso a la sentencia que dictó el Tribunal Constitucional para fijar los requisitos anteriormente aludidos, no a los propios de la sentencia que está siendo objeto de análisis.

parquedad de los criterios legales. Para ello, la Audiencia recurre a la jurisprudencia constitucional, acogiendo la interpretación que de tal precepto estableció el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, en el que matizó el contenido del artículo aludido, dictando una sentencia exhortativa o interpretativa, que limita el ámbito del tipo penal en relación con el que se deduciría del sentido meramente gramatical de sus términos, incorporando una serie de condiciones extraordinarias, no previstas expresamente en la ley, que han de concurrir para que pueda apreciarse la comisión del delito en cuestión.

En todo caso, y dadas las referencias que el tipo penal realiza respecto de la normativa relativa al Reglamento de Armas, el juez, para precisar adecuadamente el alcance del tipo penal, ha de interrelacionar, necesariamente, preceptos procedentes de diferentes normas, concretamente, con la normativa reglamentaria relativa al uso y tenencia de armas. Esta circunstancia es frecuente en el Derecho Penal, dada la presencia de tipos penales que han de ser integrados con normas ajenas a esta disciplina jurídica (las denominadas normas penales en blanco). Ello obliga al intérprete a una necesaria interrelación y sistematización de normativa legal y reglamentaria vigente en un determinado ámbito o materia para lograr delimitar el ámbito de aplicación de cada tipo penal. Ejemplos de tipos penales en los que concurre esta circunstancia y que, por lo tanto, exigen un conocimiento y estudio de normativa extrapenal, ya para integrar el delito descrito por el legislador, ya para concretar con precisión los elementos del mismo, serían también los delitos de prevaricación, los delitos contra la Hacienda Pública, contra el medio ambiente, los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo o los relativos a la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

D) Requisitos para la apreciación de la atenuante del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.2 y de la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal.

Se incluyen en el fundamento jurídico 25º de la sentencia, con amplitud, los requisitos que la jurisprudencia ha exigido para la apreciación de la atenuante prevista en el artículo 21.1 CP o la eximente incompleta (prevista en el artículo 21.2 ó en el artículo 21.1, en relación con el artículo 20.1 del Código Penal). Los requisitos que la sentencia contempla respecto de las mismas se concretan en los siguientes: "1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano,

cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos: a') que se trate de una intoxicación grave, y b') que tenga cierta antigüedad... 2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo... 3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes. 4) Requisito normativo, que exige una intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal."

Tales parámetros -como detalla la sentencia de la Audiencia al citar, a su vez, la STS de 11 de mayo de 2010- se fundamentan en las definiciones que la Organización Mundial de la Salud establece del concepto de droga, toxicomanía y dependencia, en el desarrollo de los conceptos de intoxicación plena y de síndrome de abstinencia (contemplados en el artículo 20.2 del CP), así como en la noción de delincuencia funcional, entendida como aquella que tiene como motivo u origen el consumo de drogas. Por tanto, en la concreción de los criterios que constituyen la atenuante se recurre a criterios no jurídicos establecidos por organismos internacionales y por la ciencia médica.

E) Atenuante analógica por dilaciones indebidas (actualmente regulada expresamente en el artículo 21.6 del CP tras la reforma efectuada en el mismo por la L.O. 5/2010).

La atenuante de las dilaciones indebidas, que impone la compensación en la pena a imponer, es relacionada en la sentencia con el reconocimiento constitucional al derecho a un proceso sin dilaciones (artículo 24.2 de la Constitución), que conlleva el respeto al cumplimiento de los plazos procesales, incidiendo en la consideración de que dicha atenuante debe ser valorada de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y siempre que exista un retraso efectivo no provocado por un factor externo al judicial que, además, sea carente de justificación. Los derechos fundamentales, concretamente, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se erigen en el fundamento de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

Esta atenuante no estaba expresamente contemplada en el CP. Sólo tenía una regulación implícita en el contenido del artículo 21.6 del CP ("cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores"), siendo -en consecuencia- una circunstancia modificativa de reconocimiento jurisprudencial. Precisamente, este amplio reconocimiento conllevó a que el CP, en la reforma que del mismo se llevó a cabo mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, contemplara esta circunstancia como atenuante específica, añadiendo un nuevo apartado 6º en el artículo 21 CP.

La sentencia, en el análisis de esta cuestión, se ciñe a aplicación de los precedentes jurisprudenciales existentes para, sobre los mismos, examinar si ha de apreciarse en el supuesto enjuiciado.

F) Penalidad.

La sentencia, en el fundamento jurídico 29º, detalla la pena que corresponde a cada uno de los condenados, con fundamento, en primer lugar, en los límites y criterios establecidos para cada uno de los delitos enjuiciados, las circunstancias agravantes y atenuantes apreciadas en los acusados (en virtud de los criterios contemplados en el artículo 66 del CP) y, por último, en virtud de las circunstancias personales concurrentes en cada uno de aquellos (cantidad de droga incautada, persistencia en la conducta criminal y potencialidad de difusión de la droga).

Este artículo refleja uno de los supuestos en los que el legislador, de forma expresa, concede cierta discrecionalidad al juzgador en el Derecho Penal. Y si bien este último supuesto es ciertamente limitado en este sector del Derecho, pues se pretende evitar tal incidencia mediante la vigencia de principios propios de esta disciplina (tipicidad, taxatividad y legalidad, contemplados en los artículos 1 a 4 y 10 del CP), es pertinente el reconocimiento de cierta discreción cuando el Tribunal ha de concretar las penas que corresponde imponer a los distintos acusados por los delitos de que son objeto de acusación (FJ 29º). En todo caso, esta facultad está sumamente limitada por las restricciones que introduce el artículo 66 CP¹⁶ y los márgenes que el legislador contempla para cada delito en cuestión. El Tribunal, en suma, delimita la pena que

¹⁶ El Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de las leyes que atribuyen al juez discrecionalidad para la determinación concreta de la pena que corresponde al penado (STC 19/1988, 230/1991, 136/1999).

impone a los diferentes condenados, en virtud del estudio que desarrolla de las diferentes atenuantes y de las circunstancias que concurren en cada uno de aquellos.

Esta discrecionalidad también se vislumbra en el ámbito del Derecho Penal sustantivo en otras disposiciones, como se puede observar en la regulación de la suspensión o de la sustitución de las penas privativas de libertad (artículos 80 y siguientes del CP), de la libertad condicional (artículos 90 y siguientes CP) o de las consecuencias accesorias (artículos 127 a 129 del CP), aunque tales facultades están muy delimitadas por los criterios y requisitos que las propias normas penales establecen. En estos supuestos es donde, entendemos, la moral crítica puede asumir un mayor protagonismo.

4.3. Derecho Procesal Penal.

A) Validez de las escuchas telefónicas.

La sentencia, acudiendo a la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, con cita de numerosas sentencias de estos órganos judiciales¹⁷, detalla los requisitos que dicha diligencia ha de reunir para garantizar su validez y legitimidad, a los efectos de que sus resultados puedan ser valorados adecuadamente como prueba de cargo contra los acusados. En este sentido, la sentencia indica:

"... la última jurisprudencia de Tribunal Supremo viene insistiendo para la legitimidad o validez de las intervenciones telefónicas en determinadas condiciones, que resumidamente son: a) absoluta exclusividad jurisdiccional del origen de las intervenciones; b) finalidad estrictamente tendente a la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo; c) excepcionalidad o *ultima ratio* de la medida; d) proporcionalidad de la misma; e) limitación o acotación tanto temporal (aunque susceptible de prórroga) como personal (exclusivamente sobre

¹⁷ En concreto, se citan las siguientes resoluciones: ATC de 18 de junio de 1992; STS de 5 de noviembre de 2009; STC nº 197/2009, de 28 de septiembre; STC 49/1999, de 5 de abril; STC 299/2000, de 11 de diciembre; STC 49/1999, de 5 de abril; STC 166/1999, de 27 de septiembre; STC 299/2000, de 11 de diciembre; STC 14/2001, de 29 de enero, STC de 18 de junio; STC 202/2001, de 15 de octubre; STC 167/2002, de 18 de septiembre; STC 184/2003, de 23 de octubre; STC 261/2005, de 24 de octubre; STC 220/2006, de 3 de julio; STC 49/1999, de 5 de abril; STC 166/1999, de 27 de septiembre; STC 171/1999, de 27 de septiembre; STC 167/2002, de 18 de septiembre; STC 259/2005, de 24 de octubre ; STC 253/2006, de 11 de septiembre; STC 299/2000, de 11 de diciembre; STC 138/2001, de 18 de junio; STC 167/2002, de 18 de septiembre; STC 165/2005, de 20 de junio; STC 259/2005, de 24 de octubre; STC 253/2006, de 11 de septiembre; STC 299/2000, de 11 de diciembre; STC 138/2001, de 18 de junio; STC 49/1996 de 26 de marzo; STC 49/1999, de 5 de abril; STC 167/2002, de 18 de septiembre; STC 184/2003, de 23 de octubre; STC 259/2005, de 24 de octubre; STC 136/2006, de 8 de mayo; STC 167/2002, de 18 de septiembre; STC 184/2003, de 23 de octubre; STC 259/2005, de 24 de octubre; STC 136/2006, de 8 de mayo; STS de 24 de septiembre de 2010.

teléfonos de las personas de las que existan indicios de estar implicadas en el delito investigado); f) concreción del delito que por la intervención telefónica se trata de descubrir; g) pendencia de un procedimiento de investigación criminal (aunque se deba a la intervención telefónica la iniciación del mismo); h) existencia imprescindible y previa de verdaderos indicios de comisión del delito; y, por último i) suficiente y adecuada motivación de la resolución judicial."

La jurisprudencia que elabora estos criterios ha surgido tanto desde el Tribunal Supremo como, esencialmente, del Tribunal Constitucional, quienes -a su vez- han asumido las pautas establecidas de forma progresiva por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentalmente, en procesos en los que era parte el Estado español. Es destacable, en este ámbito, la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de Estrasburgo, de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras contra España, en la que el Tribunal estimó que el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción anterior a la actual, era insuficiente desde la perspectiva del derecho reconocido en el art. 8 CEDH porque no indicaba con la claridad debida los hechos que podían justificarla, así como la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades judiciales encargadas de aplicarlo. Posteriormente, en la Sentencia de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España, contemplando ya el texto del art. 579 vigente, el Tribunal Europeo, si bien apreció que el legislador había introducido nuevas garantías, sin embargo, entendió que no había recogido todas las condiciones exigidas por su jurisprudencia para evitar abusos. En particular, echó en falta las encaminadas a precisar la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas y a fijar un límite a la duración de la medida. Asimismo, consideró que no se habían previsto las condiciones sobre la transcripción de las conversaciones interceptadas y las precauciones que han de tomarse para comunicar intactas y completas las grabaciones efectuadas a los efectos de su eventual control por el Juez y por la defensa.

Esta doctrina fue acogida por la jurisprudencia española. Destacables son el auto del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1992, y la sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre, en la cual este Tribunal realizó un relevante esfuerzo para superar las insuficiencias del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, definiendo un conjunto de garantías complementarias a las explicitadas en esta disposición, aunque reconociendo la vaguedad e indeterminación del artículo 579 en aspectos esenciales, como en las categorías de personas sobre las que puede recaer la

medidas, la naturaleza de los delitos en cuya investigación puede aplicarse, el tiempo máximo que ha de durar o las formas de control pertinentes para asegurar la integridad de las cintas que se graban y de las transcripciones¹⁸.

La doctrina sobre esta materia se fundamenta, en suma, en el principio de proporcionalidad, que se constituye en el pilar en torno al cual decidir, en cada supuesto concreto, la procedencia de la diligencia limitativa del derecho del secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. El "test de proporcionalidad", asumido por el Tribunal Constitucional bajo la también relevante doctrina del Tribunal Constitucional alemán, es el que vertebra el razonamiento de la Audiencia.

Y si bien la impugnación de las escuchas telefónicas que se debate en la sentencia objeto de estudio se fundamenta, esencialmente, en la deficiente motivación del auto que las acordó (durante la fase instructora del proceso), la sentencia recuerda que dicha motivación tiene por objeto facilitar el control posterior de la resolución, así como también la explicitación de todos los elementos necesarios para la realización del juicio de proporcionalidad.

B) Validez de las diligencias de entrada y registro.

Las defensas de los condenados aducen la nulidad de estas diligencias por la ausencia, durante la práctica de las mismas, de los propios condenados. Expone la sentencia, con cita -a su vez- de numerosos precedentes¹⁹:

"El problema se circunscribe a dilucidar el alcance del vocablo interesado que aparece en el art. 569 L.E.Crim., donde se establece imperativamente que "el registro se hará a presencia del interesado", y su incidencia en el ámbito del derecho a la intimidad y a la defensa mencionados.... El interesado al que se refiere el artículo 569 de la L. E. Crim. es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro... en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio, es bastante la presencia de uno de ellos, siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores... En caso

¹⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. "Los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa". *Derechos procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004. Págs. 152 a 156.

¹⁹ Concretamente, se citan las sentencias siguientes: STS de 20 de abril de 2010; STS nº 51/2009, de 27 de enero; STC 22/2003; STS nº 154/2008, de 8 de abril; STS nº 1108/2005, de 22 de septiembre; STS núm. 1009/2006, de 18 de octubre; STS núm. 698/2002, de 17 de abril; STS núm. 352/2006, de 15 de marzo; STS nº 1108/2005, de 22 de septiembre; STC nº 219/2006; SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6; STS de 30 de enero de 2001.

de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que ... para valorar el resultado de la entrada y registro ... será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica."

De esta forma, tanto la sentencia objeto de análisis como la STS de fecha 20 de abril de 2010, en la que se fundamenta aquélla, resuelven este incidente con fundamento en dos derechos fundamentales, cuales son el derecho a la intimidad y el derecho de defensa (comprendido en el derecho, más amplio, de la tutela judicial efectiva).

En suma, en el ámbito de las cuestiones planteadas relacionadas con el Derecho Procesal, la problemática que se suscita en las mismas es similar a las que hemos enumerado en el Derecho sustantivo (ambigüedad, generalidad de los términos o el reconocimiento de ámbitos de discrecionalidad). De forma que la "interpretación de la ley" centra también la problemática interpretativa, en detrimento de la "interpretación del Derecho".

El desarrollo jurisprudencial de los preceptos legales, al igual que sucede en el Derecho sustantivo, goza de gran importancia en este sector del Derecho, dado que ha desarrollado y completado la parvedad de la regulación legal. Es por ello que se incluyen numerosas alusiones a la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en el estudio de las diligencias de entrada y registro y de intervención telefónica, dada la repercusión que las mismas tienen en el desarrollo doctrinal de los derechos fundamentales. Precisamente, uno de los supuestos en los que la doctrina jurisprudencial ha tenido más repercusión y relevancia ha sido en el ámbito de las escuchas telefónicas, dada la insuficiencia de los requisitos contemplados en la legislación española para la autorización de aquéllas. La regulación introducida mediante la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, ha sido considerada confusa e insuficiente, no sólo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según se deduce del contenido de diversas sentencias dictadas a propósito de la intervención de las comunicaciones telefónicas. Ello ha llevado a que la Sala Segunda del Tribunal Supremo y al propio Tribunal Constitucional se hayan visto en la necesidad de realizar una tarea interpretativa que ha ido disipando la confusión y colmando las carencias de la legislación procesal.

En esta jurisprudencia ha ostentado gran relevancia el principio de proporcionalidad, analizado en el anterior capítulo de la tesis. Este principio, de configuración jurisprudencial, ha condicionado y desarrollado ampliamente la regulación legal de las diligencias de instrucción del proceso penal que, en ocasiones, se caracteriza por su parquedad y exigüidad.

Por ello, podemos afirmar que, si bien en las resoluciones judiciales en las que se ordena la práctica de tales diligencias se produce un supuesto de lo que se ha denominado "aplicación directa de la Constitución", en lo atinente a los derechos fundamentales, no obstante, esta aplicación no deja de estar sumamente condicionada, no sólo por la regulación legal, sino -fundamentalmente- por la jurisprudencia (tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo), que ha desarrollado e integrado la regulación legal a la vista de la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El proceso interpretativo en estos supuestos (validez de diligencias de entrada y registro²⁰ y de intervención telefónica) mantiene ciertas peculiaridades, en la medida en que, no sólo se precisa examinar la concurrencia de los requisitos que se establecen legal y jurisprudencialmente para verificar su procedencia, sino que el juzgador ha de desarrollar un relevante juicio de ponderación entre la efectividad de los derechos fundamentales afectados por la medida²¹ (derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones) y el *ius puniendi* y la seguridad del Estado. Ello introduciría en la interpretación una aplicación del precedente judicial (en este caso también procedente del Tribunal Constitucional), con un imprescindible recurso al esquema propio de la ponderación para dirimir si es procedente la adopción de las diligencias analizadas. Esta ponderación de los derechos se fundamentaría en el criterio interpretativo utilizado por la doctrina para distinguir

²⁰ La sentencia objeto de análisis no se centra, no obstante, en el principio de proporcionalidad en el examen de la diligencia de entrada y registro, pues fija su atención en la cuestión alegada por la defensa de los acusados, cual es si la presencia de los mismos durante su realización era necesaria para que la diligencia fuera plenamente válida.

²¹La STC 184/2003, de 23 de octubre, indica que la diligencia de escucha telefónica se ha de ejecutar con observancia del principio de proporcionalidad, es decir, que su autorización se ha de dirigir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves, y debe ser idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2).

normas de principios: una norma actuaría como principio cuando la colisión con otra se resuelve otorgando preferencia a una de ellas sólo para el caso concreto, sin que exista una relación genérica de preferencia entre ellas²².

Asimismo, en la adopción de estas medidas la ley permite, respecto de la "interpretación-producto" y en la ponderación desarrollada, un cierto ámbito de discrecionalidad²³, si bien la introducción de un razonamiento justificativo (precedentes jurisprudenciales) en la resolución judicial, concurrente en la sentencia que estudiamos, reduce el margen de la decisión de la autoridad judicial.

4.3. Los modelos de juez en la sentencia.

Es resaltable, por todo lo expuesto, la presencia en la sentencia analizada de las características propias del juez creador hartiano. Los problemas que se suscitan se centran, esencialmente, en la "interpretación de la ley": generalidad de los conceptos (como sucede en la delimitación de los criterios que han de concurrir para la apreciación del delito de tráfico de drogas y del delito de tenencia ilícita de armas); la ambigüedad de los mismos (como se aprecia en la distinción que se introduce entre la coautoría y la organización criminal); o la existencia de ámbitos de discrecionalidad que el legislador concede al juzgador (penalidad).

La sentencia pretende superar dichas incidencias ampliando y concretando la literalidad de los tipos penales a través de múltiples estándares (aunque, como hemos reconocido, con mayores condicionantes que en el Derecho Civil), desarrollando los conceptos incluidos en el articulado del CP en base a criterios heterogéneos (interrelación de los preceptos legales o criterio sistemático, criterio gramatical, las modificaciones legislativas recientes, conceptos determinados por la OMS, principios informadores del Derecho Penal, los conceptos adoptados desde la dogmática penal, los derechos fundamentales, ...).

²² Prieto Sanchís señala dos criterios para la distinción entre principios y reglas: el criterio interpretativo, ya aludido, y el estructural, según el cual los principios serían normas incompletas en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica. El criterio interpretativo otorgaría al juez un mayor protagonismo, en cuanto que implica el recurso a la ponderación judicial, siendo el conflicto entre derechos fundamentales un supuesto paradigmático de conflicto planteado entre principios en estos términos. PRIETO SANCHÍS, L. "Diez argumentos a propósito de los principios". *Jueces para la democracia, información y debate*. Julio de 1996. Págs. 46 y 47.

²³ "...el juez podrá acordar ...", dispone el artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y aunque también la sentencia alude a distintos principios -antes referidos-, tanto estos como la pluralidad y heterogeneidad de elementos citados a los que recurre se dirigen, más que a la superación del rigor legalista, a una más precisa concreción de los conceptos y nociones utilizados por el legislador. Asimismo, en el ámbito del Derecho sustantivo existe una limitada presencia de principios. Y si bien unos son principios de configuración jurisprudencial, otra gran parte de ellos son principios informadores del Derecho positivo, deducibles del articulado del Código Penal. Las reglas, esencialmente legales, por ello, se erigen en el centro del proceso argumentativo, que son aplicadas mediante el esquema subsuntivo.

El Derecho positivo, por tanto, mantiene un protagonismo indudable en cuanto que las razones prácticas vienen siendo asumidas por éste, si bien la jurisprudencia mantiene una relevancia notable, en calidad de razón no práctica, que permite la adecuada interpretación de cada tipo penal y la integración de dicha interpretación con los precedentes previos. La moral, asimismo, podría mantener una cierta relevancia en ámbitos en los que el legislador concede discrecionalidad a la autoridad judicial, en los que se pueden valorar las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado (como, por ejemplo, el artículo 66 -delimitación de las penas-, artículos 80 y siguientes del CP -suspensión y sustitución de las penas-), si bien no tiene un reconocimiento tan expreso o manifiesto como en el Derecho Civil. Todas estas características nos aproximan al modelo del juez creador.

En todo caso, lo que no se suscita, con carácter general, en el ámbito del Derecho Penal es la existencia de lagunas en sentido estricto, dado que las mismas determinan la aplicación de la cláusula de cierre kelseniana (absolución del condenado por no concurrir los requisitos del tipo²⁴), pues en el Derecho Penal, si bien el juez puede desarrollar doctrina que delimite el alcance y el sentido de los preceptos penales, le está vedada la creación judicial de nuevos tipos penales, como se vislumbra en la prohibición de la analogía (artículo 4 CP) y en los principios que, formulados en el Libro Primero del Código Penal, refuerzan la sujeción y vinculación del juez a los límites impuestos por el legislador (principio de legalidad, de tipicidad, contemplados

²⁴ No nos referimos a la posible absolución del acusado por falta de prueba o por una prueba dudosa (principio *in dubio pro reo*), sino al supuesto en el que, estando plenamente acreditados los hechos objeto de la acusación, el órgano jurisdiccional considere que los mismos no son encuadrables en tipo penal alguno y que, por tanto, procede el dictado de una sentencia absolutoria.

en los artículos 1, 2 ó 10 CP). Por tanto, también podemos resaltar ciertas características del juez formalista kelseniano que concurrirían en la interpretación que del Derecho Penal sustantivo que estudiamos:

- En primer lugar, la necesidad de que el proceso de interpretación esté acotado por el "marco" delimitado previamente por el legislador (principio de legalidad y principio de taxatividad en materia penal), de forma que la "interpretación-producto" ostenta unos mayores límites que en el ámbito civil. La flexibilidad que se permite al juez en el Derecho Civil para matizar el tenor literal de un precepto concreto en base a los derechos de los litigantes, la finalidad de la norma, sus principios o el contexto de la misma no se admite en este sector del Derecho, dado su carácter sancionador y limitador de los derechos fundamentales.
- La vigencia de la denominada "cláusula de cierre" ante las lagunas jurídicas del sistema. Esta incidencia es de gran relevancia en el ámbito Penal, pues a través de ella se veta la posibilidad de que los jueces puedan crear nuevos tipos penales, absolviendo a los acusados cuando los hechos no reúnen los requisitos para ser encuadrables en un tipo penal concreto. El juez, por tanto, puede precisar la descripción que de los delitos realiza el legislador ante la generalidad o la ambigüedad de la norma o ante los limitados ámbitos de discrecionalidad que la misma puede conceder, pero nunca puede llegar a integrar el propio Derecho Penal mediante la instauración de nuevos delitos (inexistencia de lagunas, en sentido estricto). Ello se vislumbraría en la sentencia, aunque de forma limitada, en el pronunciamiento en el que decide no aplicar la agravante de organización criminal a los acusados por no concurrir en el supuesto enjuiciado las características con las que jurisprudencialmente se define aquélla.
- La limitada influencia de la moral en la aplicación del Derecho Penal (como moral crítica introducida, una vez desplegado el proceso interpretativo).
- El criterio formal de validez, que otorga relevancia al Derecho positivo, y la preponderancia que éste asume en el Derecho Penal, que determina el marco legal desde el cual ha de efectuarse la interpretación y, por ende, del desarrollo

jurisprudencial, que está resaltado por la vigencia de los principios vigentes en el Derecho Penal, como el de legalidad o tipicidad.

En el ámbito del Derecho Procesal, ciertamente, el principio de proporcionalidad y la jurisprudencia que configura este principio, que desarrolla los requisitos y condiciones relativas a las diligencias que afectan a los derechos fundamentales, en la medida en que imponen nuevos esquemas argumentativos y exigen una valoración de los derechos afectados, nos vinculan con las características propias del juez integrador, dado que el juzgador ha de recurrir a un esquema de ponderación de los derechos fundamentales a través del principio de proporcionalidad (el denominado “test de proporcionalidad”), que permite la definición de la decisión judicial mediante la concreción del peso o valor que los derechos fundamentales e intereses afectados mantienen en cada caso. No obstante, dado que la sentencia examinada circunscribe su argumentación a la aplicación directa de los derechos fundamentales bajo las consideraciones de la jurisprudencia constitucional y ordinaria que los desarrolla también podemos vincular la interpretación desarrollada desde los paradigmas del juez creador hartiano.

5. CONCLUSIONES

Las sentencias analizadas reflejan características propias de los diferentes modelos de juez propuestos en el capítulo cuarto de la presente tesis, con la salvedad del perfil relativo al juez legalista, que valoramos como anacrónico, y el propio del juez activista, dada la relevancia que en las sentencias se otorga al principio de legalidad y a los precedentes previos. Ahora bien, la presencia de los restantes modelos de juez no es uniforme. Destacable es la amplia superación de los parámetros propios del juez legalista, pues ninguna de las resoluciones judiciales examinadas se limita a aplicar los preceptos legales de forma mecánica y directa, sin referencia alguna a doctrina jurisprudencial, a los principios o a cualquier otra fuente del Derecho. Los postulados desde los cuales se formula la Exégesis y sus criterios interpretativos son claramente insuficientes para explicar los procesos de interpretación y de argumentación actuales.

Son los moldes propios del positivismo jurídico los que más presentes están en los criterios existentes en los procesos de interpretación y argumentación desarrollados

en las sentencias. Ello se vislumbra en la relevancia que, dentro de las distintas fuentes del Derecho, mantienen las leyes, pues sus preceptos centran las interpretaciones desarrolladas en las sentencias. La pertenencia e identificación de las diferentes fuentes del sistema jurídico vienen determinadas, por ello, en gran medida, por criterios formales, aunque la dimensión formal no ha de ser considerada en términos absolutos, dada la notoriedad de la que en la actualidad gozan los principios. La legislación, así, sigue siendo básica para lograr una “interpretación del Derecho”, es decir, para calificar con precisión las figuras e instituciones jurídicas presentes en cada litigio y la normativa que le es de aplicación.

La jurisprudencia, asimismo, se erige en un factor determinante para lograr una adecuada interpretación de todo el Derecho positivo, esencialmente de la ley, aun a pesar de las múltiples discrepancias que sobre su naturaleza y valor se suscitan en la doctrina. Ahora bien, los criterios en virtud de los cuales dicha doctrina jurisprudencial se conforma en cada caso concreto son sumamente heterogéneos, aún más en la jurisdicción civil que en la penal. Se constatan, de esta forma, los múltiples y diferentes parámetros a los que aludía Hart en su teoría. Así, en la jurisdicción Civil, según se comprueba en las sentencias examinadas, los parámetros desde los cuales se genera la doctrina jurisprudencial comprenden, a título ejemplificativo: la intención originaria del legislador (concretada en el preámbulo o la exposición de motivos de la norma); la *mens legis* (la voluntad objetiva de la ley, que –al contrario del criterio anterior- permite soslayar la voluntad originaria del Parlamento); el criterio gramatical; los principios informadores de una determinada materia (reconocidos legal o jurisprudencialmente); el criterio sistemático (la interrelación y vinculación de diferentes preceptos legales -ya de una misma norma, ya de diferentes normas- relativos a una misma materia o disciplina); incluso, la vinculación de una disposición con su antecedente ya derogado, lo que permite contrastar su actual sentido y finalidad con el que mantenía con anterioridad. Este último criterio constata cómo el intérprete judicial recurre a la categoría de orden jurídico -entendido como secuencia de distintos sistemas normativos que se suceden respectivamente en sucesivos momentos- para analizar la interpretación legal más procedente, superando –por tanto- el mero análisis de las disposiciones positivas vigentes, es decir, del sistema jurídico. La interrelación de preceptos es, además, de obligada referencia en los numerosos supuestos en los que las leyes aluden a otras normas y se integran por éstas, como sucede, por ejemplo, cuando nos hallamos ante

leyes penales en blanco, tipos penales que han de ser completados mediante normativa especial -administrativa, civil o laboral- propia de otras disciplinas jurídicas. La adecuada y necesaria sistematización de diferentes preceptos y leyes de forma conjunta con la jurisprudencia que los desarrolla, por tanto, hacen más compleja la actividad interpretativa.

Por otra parte, en el Derecho Civil se hace explícito el recurso a la moral crítica y a la ética social para el desarrollo de múltiples conceptos legales. La jurisprudencia recurre a tales conceptos, precisamente, para delimitar a través de los mismos el sentido y tenor de los términos empleados por el legislador.

También la efectividad de los derechos fundamentales, con la consiguiente doctrina del Tribunal Constitucional que los desarrolla y conceptúa, asume importancia en la interpretación de la ley, en orden a flexibilizarla o a interpretarla en términos más adecuados y favorecedores del pleno ejercicio de los derechos, como se vislumbra en el pronunciamiento relativo a la legitimación de los copropietarios, contenido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla.

En el Derecho Penal los parámetros interpretativos están más limitados por la vigencia en el mismo de los principios de taxatividad y de tipicidad, lo que favorece que el criterio gramatical y el sistemático asuman en este sector del Derecho gran relevancia. Pero la jurisprudencia Penal también recurre, frecuentemente, a conceptos y doctrinas elaboradas por la dogmática penal, tanto para desarrollar los requisitos y elementos propios de cada tipo penal como para analizar otros conceptos más generales (imputabilidad, dolo,...). También la doctrina jurisprudencial alude a otros heterogéneos criterios procedentes de múltiples disciplinas y ámbitos, como la Ciencia Médica, como hemos puesto de manifiesto con el examen de las atenuantes y eximentes analizadas en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Los derechos fundamentales, una vez más, también permiten aquí matizar y fundamentar criterios de interpretación, ya en el ámbito de las circunstancias modificativas de responsabilidad, ya para matizar el ámbito de aplicación de determinados delitos.

En las cuestiones propias del Derecho Procesal Penal que afectan de forma directa a los derechos fundamentales la jurisprudencia constitucional es actualmente determinante y de asidua referencia en las resoluciones judiciales. La misma ha

desarrollado la normativa legislativa reguladora de las diligencias propias de la fase de instrucción de los procesos de la jurisdicción Penal. Esta doctrina, bajo la influencia de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha colmado la regulación legal, concretando los requisitos exigidos por la ley para la realización de las diligencias referidas, y ha acogido el principio de proporcionalidad como eje argumentativo con el que ponderar los derechos y libertades afectadas. Dicho principio está conformado, a su vez, por otros tres subprincipios, que expresan la idea de optimización: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

La eficacia directa de la Constitución se vislumbra, así, de forma determinante en las resoluciones que resuelven la procedencia de las diligencias que repercuten en el ejercicio de los derechos fundamentales, en la medida en que aquéllas han de desarrollar una motivación que precise el valor que en cada caso concreto se le otorga al derecho fundamental afectado. Y si bien para delimitar el contenido y alcance del derecho fundamental en cuestión los jueces recurren a la doctrina ya elaborada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre la materia, el recurso al esquema de la ponderación, la necesidad de concretar el peso que -en términos de principio- el derecho afectado mantiene en el supuesto enjuiciado y la relevancia que en estas cuestiones se otorga a la efectiva tutela de los derechos fundamentales relacionaría la resolución de estas incidencias con la teoría que fundamenta la figura del juez integrador dworkiano. No obstante, es reseñable la sujeción que la jurisdicción ordinaria mantiene respecto a la interpretación que de las normas legales y constitucionales ha desarrollado la jurisdicción constitucional, en los términos contemplados en el artículo 5.1 LOPJ, de forma que, en cierta medida, la jurisdicción ordinaria se autorrestringe en la interpretación de cuestiones atinentes o vinculadas con la norma constitucional para que dicha interpretación sea guiada por el Tribunal Constitucional. La proyección de las teorías principialistas está, de esta forma, ampliamente condicionada, al limitarse, así, la irradiación de los principios y valores constitucionales, acercándonos, por tanto, a la eficacia que desde el juez creador se otorga a la Norma Constitucional.

En los ámbitos no atinentes a los derechos fundamentales la jurisprudencia constitucional también asume una relevancia determinante en el Derecho Penal pues, a través de los procesos de inconstitucionalidad, el supremo intérprete de la Constitución ha generado sentencias interpretativas y exhortativas que modifican el ámbito, sentido y alcance de múltiples preceptos legales. El conocimiento de esta jurisprudencia, junto a

la generada en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se considera imprescindible, por tanto, para el adecuado desarrollo de la interpretación jurídica.

No obstante, la presencia e importancia de la ley como principal fuente del Derecho es innegable, lo que también se refleja en el hecho de que los tribunales asumen una notable vinculación con el tenor literal de las normas legislativas, pretendiendo respetar los límites o el "marco" de las mismas, al que aludía Kelsen (juez formalista). Ahora bien, este criterio no es determinante ni absoluto, en la medida en que los principios son capaces de matizar este postulado.

Los principios, como fuentes del Derecho, condicionan también la interpretación y argumentación, ya se trate de principios de reconocimiento legislativo, ya de origen jurisprudencial. La eficacia que se otorgue a los principios no es inocua para la práctica jurisdiccional. Los mismos orientan el desarrollo y las líneas de interpretación conformadas por la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, y, en una dimensión más amplia, pueden legitimar al juez para subordinar o soslayar el tenor literal de las normas positivas para configurar una nueva doctrina jurídica integradora que desarrolle interpretaciones más coherentes con los fundamentos propios de una rama del Derecho concreta, como se ejemplifica en la sentencia del Tribunal Supremo examinada.

También asumen una función más limitada, meramente supletoria u orientadora, a la que se refiere el artículo 1.4 del Código Civil, permitiendo la resolución de incidencias no contempladas de forma exhaustiva en la regulación positiva de una forma más coherente, fundada y acorde con el acervo jurídico (legislación y precedentes) vinculado al supuesto planteado, posición, ésta, que es más propia en el ámbito del Derecho Penal, en el que, precisamente, la vigencia de los principios de tipicidad y taxatividad restringen notablemente el ámbito de interpretación judicial al obligar a respetar de una forma más tajante los límites y el ámbito de los preceptos legales, esencialmente de aquellos que describen los diferentes delitos. Los principios, en su dimensión funcional, se comportan, así, simultáneamente, como límites y pautas para la interpretación judicial.

La diferente posición que asumen los principios se puede comprobar, en cierta medida, en el contenido de las sentencias que han sido examinadas en este capítulo,

pues aquella no es idéntica en cada resolución. Así, los principios aludidos en la sentencia relativa a la jurisdicción Penal (principio de contradicción, principio de culpabilidad y a la reserva formal de ley, que comprendería el principio de legalidad), en su mayoría, están implícitos en la propia legislación e informan la interpretación de los tipos penales, constituyéndose en parámetros que permiten integrar la discrecionalidad judicial, para superar distintas incidencias que concurren en el articulado de las leyes y que ya fueron referidas por la teoría hartiana (juez creador)²⁵.

En contraste con esta posición, en la sentencia del TS los dos principios en los que se fundamenta ésta (principio de reparación íntegra y principio de reserva de ley), si bien también se infieren de la legislación y, por tanto, del Derecho positivo, no asumen una función meramente informativa u orientadora del proceso interpretativo, sino que ocupan un papel fundamental para justificar el nuevo factor de corrección y para configurar los límites del mismo, permitiendo superar y corregir la literalidad de los términos incluidos en las Tablas detalladas en el Baremo del Decreto Legislativo 8/2004 (las reglas). El principio de reparación íntegra permite, así, apreciar la existencia de una laguna, más axiológica (la solución del Baremo no es coherente con el principio de reparación íntegra) que normativa en sentido estricto (el supuesto de hecho estaba ya regulado en el Baremo). Esta función que asume el principio de reparación íntegra en la sentencia analizada permitiría reconocer la relevancia que desde el juez integrador dworkiniano se concede a los principios en los procesos interpretativos.

Es por ello que, dada la polivalencia de los principios, es difícil sostener una concepción unívoca de los mismos, si bien es constatable que no sólo ostentan en la actualidad un carácter orientador o, incluso, supletorio (como reconoce el artículo 1.4. del Código Civil), sino que también tienen una misión justificadora y fundamentadora del Derecho y del orden jurídico. Esta diversa posición de los principios, si bien depende de la concepción del Derecho que influya en el intérprete, es evidente que también está vinculada con la disciplina jurídica en la que se genere la interpretación, pues en el Derecho Civil serán mucho más amplias las facetas que puedan desplegar los principios que en el Derecho Penal, donde el respeto al marco legal predeterminado

²⁵ El principio de proporcionalidad sí podría mantener una justificación más adecuada desde la figura del juez integrador, en la medida en que permite desarrollar la doctrina relativa a los derechos fundamentales mediante juicios de ponderación, constituyendo un instrumento para la ponderación de tales derechos, asumiendo una posición cualitativa respecto de los preceptos legales que son objeto de interpretación.

restringe las posibilidades de aquellos. Esta situación, propia del Derecho Penal, vincula esta disciplina a algunas de las características propias del juez formalista. La interpretación, aquí, está sumamente condicionada por el *marco legal*. Por otra parte, la menor incidencia que conceptos vinculados a la moral o a la ética social surgen en esta rama jurídica y la vigencia de la denominada "cláusula de cierre" ante las lagunas jurídicas del sistema (la prohibición de la creación analógica o jurisprudencial de tipos penales) hacen que la teoría kelseniana esté también presente en este orden jurisdiccional, si bien es resaltable la superación que la jurisprudencia refleja sobre las posiciones escépticas que Kelsen proponía respecto de los principios.

No obstante, los múltiples y diversos criterios asumidos por la jurisdicción para integrar el articulado del Derecho positivo y soslayar la ambigüedad y generalidad de su lenguaje y para integrar los ámbitos de discrecionalidad concedidos a la autoridad judicial -entre los que asumen una gran presencia el gramatical y el sistemático-, la relevancia que mantiene el criterio de validez formal en la identificación de las fuentes del Derecho, la sujeción que en la interpretación de la Constitución mantiene la jurisdicción ordinaria respecto de la constitucional, la polivalente posición que se atribuye a los principios del Derecho en los procesos interpretativos, la expresa influencia de la moral crítica -más específicamente en el Derecho Civil- en el razonamiento jurídico, la amplia discrecionalidad que asumen los jueces en la creación de nueva doctrina y las continuas referencias existentes en la misma a los límites admitidos por la legislación, así como el asiduo recurso al esquema subsuntivo como esquema argumentativo más frecuentemente utilizado, nos aproximan a los estándares propios del juez creador.

El juez activista, realista, no asumiría un protagonismo patente, en cuanto que los razonamientos de todas las resoluciones se guían por una argumentación racional que limitan lo moral o ideológico a ámbitos ciertamente reducidos y parciales y que imponen un coto al subjetivismo y al desarrollo de políticas interpretativas ajenas a los fundamentos, límites y principios insertados en la disciplina jurídica aplicada. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo analizada refleja cómo las circunstancias singulares apreciadas por el juzgador en el supuesto enjuiciado pueden constituir uno de los factores más intensos para legitimar la creación de nueva doctrina jurisprudencial, al amparo de principios fundamentados de una materia concreta. Por tanto, la evolución

de la jurisprudencia y, en definitiva, las opciones interpretativas del intérprete no dejan de estar vinculadas con las consecuencias que la aplicación del Derecho puede conllevar para los ciudadanos.

Pero ello no permite colegir que la calificación jurídica de la conducta o de los hechos sometidos a enjuiciamiento pueda depender de una total y absoluta discrecionalidad judicial. Los preceptos legales, ya desde su tenor gramatical, ya desde una aplicación analógica de los mismos, dirigen y condicionan en gran medida los procesos interpretativos, siendo más intensa, aún, esta observación en el ámbito propio del Derecho Penal, por las singularidades del mismo. La formulación más genérica de los precedentes y la especial relación de estos con las peculiaridades de cada caso es cierto que pueden permitir un mayor ámbito de decisión al juez, pero, en ningún caso, atribuyen a éste el ámbito de decisión que el realismo jurídico atribuyó a la jurisdicción. Los jueces no ostentan en la selección del Derecho aplicable la amplia libertad que sostenían los realistas.

Caracteres del juez integrador se reflejarían, esencialmente, en los razonamientos vinculados a los derechos fundamentales que, en el Derecho Penal, son desarrollados por los jueces para ponderar en qué medida estos pueden quedar condicionados por diferentes diligencias de instrucción propias de las causas penales. Los derechos fundamentales como principios, la aplicación del test de proporcionalidad y la tutela y efectividad de los derechos nos acercan a posiciones propias de este modelo de juez. La teoría holística de los derechos fundamentales despliega en este terreno sus amplias potencialidades. También la profusa cita de jurisprudencia que, en ocasiones, contienen algunos de los pronunciamientos de las sentencias analizadas, en la medida en que potencia un razonamiento más justificativo, coherente e incardinado con la doctrina precedente visualiza, en cierta medida, la imagen de la *chain novel* dworkiana. Ello, además, favorece una limitación del voluntarismo judicial y de la discrecionalidad de los Tribunales. Asimismo, la posición que actualmente están asumiendo los principios, que pueden legitimar al juez para soslayar la literalidad de la ley y generar nueva doctrina, incorpora una concepción de validez de las normas ligada no sólo al ámbito formal (procesos de elaboración), sino también a su contenido material (coherencia con los valores y principios ínsitos en el Derecho). Así, si bien hemos enmarcado la sentencia del Tribunal Supremo en el modelo positivista de Hart, la relevancia que ostenta el principio de reparación íntegra en dicha resolución, en los términos

anteriormente indicados, constata esta conclusión. El modelo de juez integrador, en definitiva, aporta una mayor valoración de la argumentación, tanto desde la perspectiva formal como material. Desde la formal, con la incorporación de la ponderación de derechos y principios para dirimir múltiples controversias jurídicas. Desde la material porque potencia la razonabilidad de los procesos interpretativos y, por tanto, la dimensión argumentativa del Derecho: el Derecho como procedimiento.

CAPÍTULO 7

ANÁLISIS DEL INGRESO A LA CARRERA JUDICIAL MEDIANTE
EL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN LIBRE.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se desarrolla un amplio estudio del actual proceso de selección de jueces en su configuración actual: la oposición libre. Este examen pretende mantener una perspectiva eminentemente jurídica y adoptará como instrumento de análisis el *modelo epistemológico* conformado por los diferentes modelos de juez elaborados en el capítulo 4 de la tesis. Dichos modelos, como se ha expuesto, tienen su origen en teorías del Derecho contemporáneo vinculadas con concepciones del Derecho dispares. Por ello, este capítulo permitirá mostrar a qué modelo o modelos de juez, de los expuestos, responde este proceso de selección y, por ende, las características y peculiaridades de la oposición libre, así como en qué medida la misma puede responder a las exigencias que actualmente presenta la interpretación y argumentación desarrollada por los jueces y magistrados en sus resoluciones judiciales, lo que ha sido objeto de estudio en el capítulo precedente.

El capítulo desarrollará el análisis en el orden cronológico en el que tienen lugar las diversas pruebas y fases que componen el proceso selectivo: el test, los exámenes orales y, finalmente, el estudio del período de docencia que se desarrolla bajo la dependencia de la Escuela Judicial, que –a su vez– se compone de un primer período de docencia presencial y otro segundo de estancias en órganos jurisdiccionales. Finalmente, incluiremos las conclusiones del presente capítulo.

2. ANÁLISIS DE LOS TESTS

2.1. Introducción.

La prueba que a continuación se analiza es el primer ejercicio de la oposición libre para el acceso a la Carrera judicial en la categoría de juez. En el mismo, el alumno ha de contestar, con una duración máxima de dos horas y treinta minutos, un cuestionario-test con 100 preguntas, cada una de las cuales tiene cuatro respuestas alternativas, siendo sólo una correcta, con la siguiente distribución: 10 preguntas correspondientes a Derecho Constitucional, 40 preguntas sobre Derecho Civil, 30 preguntas sobre Derecho Penal, 20

preguntas sobre Derecho Procesal, de las cuales 13 son de Derecho Procesal Civil y 7 de Derecho Procesal Penal.

Esta prueba se instauró en la convocatoria del año 2003. Por ello, en el estudio de la misma incluiremos todas las preguntas que, en las distintas convocatorias, se han introducido en esta prueba, las cuales están contenidas en un documento incorporado al anexo de la tesis.

En el análisis de este ejercicio se seguirá el mismo orden expresado en cada una de las tablas que se han desarrollado para configurar los modelos de juez al final del capítulo cuarto, de forma que se dividirá en los siguientes apartados: temario, fuentes del Derecho y concepción del Derecho; interpretación jurídica; y argumentación. En último lugar, se incluyen unas conclusiones en las que se relaciona la prueba con los distintos modelos de juez.

2.2. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

En la parte vinculada con el Derecho Civil, tanto en el ámbito sustantivo como en el Derecho Procesal, la mayoría de las preguntas versan sobre los artículos contenidos en el Código Civil y la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, si bien existen algunas cuestiones que se refieren a preceptos incluidos en la legislación especial, como la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección del Derecho al Honor, la Intimidad y la propia Imagen, la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

En la disciplina Penal las preguntas aluden, esencialmente, al articulado del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien se introducen preguntas

sobre el contenido de otras leyes especiales (Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, Ley 5/2000, de 12 de enero, sobre Responsabilidad Penal de los Menores, Ley Orgánica 12/1995, de 12 de noviembre, de Represión del Contrabando y Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado).

No obstante y de forma más excepcional, se incluyen preguntas¹ relativas a conceptos contenidos en la doctrina jurisprudencial, tanto en el ámbito Penal como en el Civil. Respecto del primero podemos referir, a título ejemplificativo, las siguientes:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2006	54	Legítima defensa putativa Por legítima defensa putativa se puede entender: a. La fase interna de ideación y deliberación de la legítima defensa. b. La representación mental en el autor sobre la defensa que pueda oponer el agredido y que le determina a asegurar la agresión de forma súbita. c. La existencia de un error en el sujeto sobre la realidad de la agresión, y que recibe el tratamiento de error con arreglo al artículo 14 C.P. d. Aquella en la que incurre el autor que interviene en una riña mutuamente aceptada entre dos extraños.
2007	52	Principio non bis in idem Cuando no existe una relación de sujeción especial, en el caso de que ya haya sido impuesta y ejecutada una sanción administrativa por un hecho determinado: a. El principio “non bis in idem” excluye un proceso penal sobre los mismos hechos. b. Un proceso penal sobre los mismos hechos es posible, y en caso de dictarse sentencia de condena el principio “non bis in idem” determinará la nulidad de la sanción administrativa impuesta. c. Un proceso penal sobre los mismos hechos es posible. La sanción administrativa cumplida deberá determinar la reducción de la pena impuesta en la parte en que deba entenderse compensada. d. Un proceso penal sobre los mismos hechos es posible, y junto a la sanción administrativa deberá imponerse la sanción penal que corresponda sin reducción o abono de ninguna clase.
2010	67	Jurisprudencia relativa al delito de lesiones En relación con el delito de lesiones, señale la afirmación correcta: a. Es una figura de resultado, de manera que sólo se sanciona cuando se haya producido efectivamente un resultado lesivo para la integridad física de la víctima. b. Cabe excepcionalmente la comisión del delito en grado de tentativa. c. Los supuestos en que no se haya producido un resultado lesivo efectivo deben calificarse como constitutivos de tentativa inidónea. d. El delito de lesiones no admite grados imperfectos de ejecución.

¹ Las preguntas que se citan en este apartado se identificarán con el número que la pregunta tenía en el examen de la convocatoria correspondiente seguido del año de la convocatoria.

2010	76	Delitos contra la salud pública
		En los casos de delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: a. Es necesario sancionar cada concreta operación de venta como un delito autónomo en concurso real. b. Varias ventas consecutivas configuran un delito continuado. c. Se trataría de un supuesto de concurso de normas. d. varias ventas consecutivas configuran un único delito.

En el Derecho Civil localizamos una cuestión referente a doctrina jurisprudencial, la P24-2010:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2010	24	Jurisprudencia sobre la acción resolutoria
		La doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, interpretativa de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, entiende aplicable el precepto: a. Tanto en los supuestos de incumplimiento total como parcial de las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas. b. Tan sólo en los casos de incumplimiento total de las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas. c. También en los supuestos de simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas. d. Sin que el cumplimiento de la obligación sea exigible de quien ejercita la acción, bastando el ofrecimiento de hacerlo a expensas del cumplimiento por la otra parte de la obligación bilateral o sinalagmática.

En cuanto a los principios, sólo se puede vislumbrar en la parte correspondiente al Derecho Penal una sola cuestión referente a ellos, la P52-2007, relativa al principio *non bis in idem*, reproducida con anterioridad, dado que es un principio configurado por la doctrina jurisprudencial.

También existen cuestiones relacionadas con la doctrina científica. Así sucede en aquéllas que versan sobre las diferentes teorías sobre el delito (aspectos expresamente contenidos en el programa), como la P69-2003:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2003	69	La intención en las teorías del delito
		La integración de la intención del sujeto en el elemento delictivo de la acción es defendida por una de las siguientes teorías: a. Causal de la acción. b. Neoclásica o de Mezger. c. Finalista. d. Social.

En materia Civil también se incluye alguna cuestión cuyo contenido se vincula, total o parcialmente, con el ámbito doctrinal o la Historia del Derecho, como se puede observar en las cuestiones que figuran en la tabla:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2004	16	Los derechos forales
		Con la Ley de 1.841, consecuencia del Convenio de Vergara, se privó de su potestad legislativa a: a. Cataluña. b. Aragón. c. Valencia d. Navarra.
2007	28	La servidumbre “por destino del padre de familia”
		La llamada servidumbre por “destino de padre de familia”: a. Es una institución del derecho histórico castellano y actualmente no se encuentra vigente. b. Es una institución vigente del derecho aragonés. c. Con esa expresión se hace referencia a una particular forma de constitución de las servidumbres, concretamente por presunción legal, y está regulada en el Código Civil. d. Con esa expresión se hace referencia a una particular forma de constituir la servidumbre propia del derecho catalán.

La materia relativa a Derecho Constitucional y Teoría del Derecho reúne una serie de peculiaridades. En primer lugar, no sólo se contemplan en ella preguntas expresas sobre el articulado de la Constitución y la legislación que desarrolla la misma (Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, y leyes reguladoras de los derechos fundamentales, como la Ley del Derecho de Reunión, 9/1983, de 15 de julio, la Ley de Partidos Políticos, 6/2002, de 27 de junio, la Ley sobre Régimen Electoral General, 5/1985, de 19 de junio, así como leyes reguladoras de instituciones básicas del Estado, como la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo).

También se incluyen preguntas propias del Derecho de la Unión Europea, fundamentalmente relativas a los Tratados Constitutivos y los Tratados que los han desarrollado y que conforman el Derecho Originario de la Unión, como se vislumbra en la siguiente cuestión:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2004	6	Valor de los Tratados Constitutivos de la U.E.
		Señale cual es la proposición correcta: a. El Derecho de la Unión Europea tiene en nuestro ordenamiento jurídico el mismo valor que un tratado internacional. b. El Derecho de la Unión Europea constituye un ordenamiento jurídico propio que se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros. c. El Derecho de la Unión Europea no limita la soberanía jurídica de los Estados miembros. d. El Derecho de la Unión Europea requiere de su transposición para integrarse en el Derecho interno.

Además, en esta parte del temario se localizan contenidos propios de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Ejemplos de ello son las preguntas que figuran en la tabla que sigue:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2004	3	El derecho a la igualdad. Implicaciones
		El derecho a la igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución: a. Vincula a los Tribunales a fundamentar sus sentencias atendiendo a los precedentes jurisprudenciales siempre que las resoluciones que dicten sean relativas a materias como el nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. b. Vincula a la Administración a no establecer en el acceso a la función pública la exigencia del conocimiento de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas. c. Asegura el trato igual de todos los españoles, con independencia de las situaciones que pueden ser objeto de amparo. d. Integra el Derecho a la igualdad jurídica que prohíbe todo tratamiento desigual que sea injustificado por no ser razonable.
2006	9	Relación entre la legislación preconstitucional y la Constitución
		Según doctrina del Tribunal Constitucional, cuando un juez ordinario estima en un caso concreto que la ley aplicable, siendo anterior a la Constitución, se opone a lo dispuesto en ésta: a. Debe en todo caso plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. b. Debe en todo caso inaplicar la ley, sin poder plantear cuestión al Tribunal Constitucional. c. Debe aplicar la ley, pues la Constitución carece de efectos retroactivos. d. Puede inaplicar la ley o, en su caso, plantear cuestión al Tribunal Constitucional.

Y también del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como se puede observar en los siguientes ejemplos:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2004	14	Efecto directo de las Directivas Comunitarias De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las Directivas comunitarias: a. Nunca tienen efecto directo. b. Sólo pueden tener efecto directo una vez que ha transcurrido el plazo para su transposición por parte de la legislación nacional. c. Tienen efecto directo, con total independencia de si regulan relaciones verticales u horizontales. d. Sólo tienen efecto directo cuando incorporan una cláusula que así lo establece expresamente.
2004	15	Relación entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando un tribunal nacional contra cuyas decisiones cabe recurso considera que una ley nacional contradice el Derecho comunitario: a. Puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional nacional, antes de dictar sentencia, para que declare su invalidez. b. Puede plantear una cuestión prejudicial de validez contra la ley nacional ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. c. Puede inaplicar por su propia autoridad la ley nacional. d. Debe en todo caso plantear cuestión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
2006	4	Relación entre el Derecho interno y un Reglamento Comunitario De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si un tribunal nacional considera que un reglamento comunitario contradice una norma de Derecho comunitario originario: a. Debe inaplicar por sí mismo el reglamento, salvo que tenga dudas acerca de su validez, en cuyo caso debe plantear cuestión prejudicial. b. Debe inaplicar por sí mismo el reglamento, salvo que se trate de un tribunal frente a cuyas decisiones no cabe recurso, en cuyo caso debe plantear cuestión prejudicial. c. Debe en todo caso plantear cuestión prejudicial, si pretende la inaplicación del reglamento. d. Debe en todo caso aplicar el reglamento, sin poder cuestionar su validez.
2007	6	Efecto directo de las Directivas Comunitarias De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las Directivas comunitarias: a. Nunca tienen efecto directo. b. Despliegan efecto directo una vez que ha transcurrido el plazo para su transposición por parte de la legislación nacional. c. Tienen efecto directo, con total independencia de si regulan relaciones verticales u horizontales. d. Sólo tienen efecto directo cuando incorporan una cláusula que así lo establece expresamente.

Asimismo, se hace referencia, no sólo a las leyes formales, sino también a fuentes del Derecho distintas de la Constitución y de las leyes. Preguntas, éstas, que, esencialmente, aluden a los requisitos y al valor y efecto jurídico de otras fuentes, como se aprecia en las siguientes preguntas:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2004	2	Requisitos de la costumbre para que sea fuente del Derecho
		Para que se entienda formulada la costumbre y se integre como fuente del Derecho es necesario: a. La realización de actos externos de manera uniforme y constante en lapsos temporales determinados. b. La voluntad de considerar su validez como norma jurídica vinculante para las personas que las realizan. c. La repetición de actos externos que no contraríen los principios generales del derecho. d. La repetición de actos realizados con voluntad de creación de normas jurídicas que no sean contrarias al ordenamiento jurídico.
2004	7	Valor de las sentencias del Tribunal Constitucional
		Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen valor erga omnes: a. Sólo cuando son dictadas en procedimientos de constitucionalidad aunque se limiten a la estimación subjetiva de un derecho. b. Si recaen en procedimientos de inconstitucionalidad sean estimatorias o desestimatorias del recurso interpuesto. c. Si se dictan en recursos de amparo y son de estimación subjetiva de los derechos. d. Cuando se dictan en procedimientos de constitucionalidad si son estimatorias y no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho.
2004	13	Materias regulables por los decretos-leyes
		Los Decretos-Leyes: a. Son las normas dictadas por el Gobierno en ejercicio de una delegación legislativa. b. Deben tener necesariamente un plazo de caducidad. c. Deben ser sometidos a debate y votación de totalidad en el Congreso de los Diputados, pero no en el Senado. d. Pueden afectar al derecho electoral general.
2005	11	Ámbito de aplicación del título Preliminar del Código Civil
		Conforme al artículo 13 del Código Civil, las disposiciones relativas a los efectos de las leyes, contenidas en su Título Preliminar: a. Son de aplicación subsidiaria a las normas forales. b. Tienen aplicación general y directa en toda España. c. Solo tienen aplicación general y directa en territorio de derecho común. d. Tienen aplicación general y directa en toda España, salvo que además regulen las reglas generales de su aplicación.

La P6-2007, referida al efecto de las directivas, también es otro ejemplo de ello:

2007	6	Efecto directo de las Directivas Comunitarias
		De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las Directivas comunitarias: a. Nunca tienen efecto directo. b. Despliegan efecto directo una vez que ha transcurrido el plazo para su transposición por parte de la legislación nacional. c. Tienen efecto directo, con total independencia de si regulan relaciones verticales u horizontales. d. Sólo tienen efecto directo cuando incorporan una cláusula que así lo establece expresamente.

La resolución de estas cuestiones se localiza, en la mayoría de los casos, en los preceptos de la propia Constitución o del propio Código Civil, aunque en otros supuestos en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ejemplo: P4-2006, sobre la relación entre el Derecho originario de la Unión Europea y los Reglamentos de la misma o la P14-2004, sobre las directivas comunitarias, ya aludida anteriormente).

En suma, el Derecho representado por las leyes asume el principal contenido de las preguntas que conforman el primer ejercicio de la oposición, conjuntamente con los preceptos de la Constitución. Algunas preguntas versan sobre otras fuentes del Derecho, si bien la respuesta está regulada en el Derecho positivo, salvo en ciertas cuestiones cuya solución está contemplada en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

De forma que sólo en muy pocas preguntas se exigiría recurrir al contenido de la jurisprudencia en el ámbito del Derecho Constitucional (doctrina del TC) y Comunitario (doctrina del TJCE) y de manera ciertamente excepcional en materia Penal o Civil (jurisprudencia del TS). Los principios del Derecho no gozan de importancia en el

cuestionario, con la excepción relativa al principio *non bis in idem* en el Derecho Penal. Asimismo, la presencia de la doctrina se vislumbra en escasas preguntas.

2.3. Interpretación jurídica.

La resolución de la mayor parte de las preguntas contenidas en los tests no implica el ejercicio de actividad interpretativa alguna, dado que en ellas se ha de completar el contenido de un precepto normativo concreto.

No obstante, existen algunas preguntas concretas que presentan una mayor dificultad, al exigir el recurso a distintas normas, como sucede con la P11-2007 (que implica el recurso a los artículos 1328, 688, 46 y 663 del Código Civil, al aludir a diferentes actos para los que se exigen requisitos de capacidad específicos):

AÑO	Nº	CONTENIDO
2007	11	Actos para los que tienen capacidad los mayores de edad
		Señale cuál de los siguientes actos sólo pueden ser llevados a cabo por personas mayores de edad : a. Otorgar capitulaciones matrimoniales. b. Otorgar testamento ológrafo. c. Contraer matrimonio. d. Otorgar testamento cerrado.

Similar supuesto se encuentra en la P-26-2009:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2009	26	Actos para los que se requiere escritura pública Indique en cuál de los siguientes supuestos el otorgamiento de escritura pública no es requisito constitutivo necesario para la validez del contrato: a) La celebración de capitulaciones matrimoniales. b) La constitución de hipoteca. c) La revocación de la donación. d) La constitución de sociedad civil a la que se aportan derechos reales.

Otras cuestiones requerirían, además, una relación concreta de diferentes normas, como se aprecia en la P69-2008 (artículos 248 y 392 y artículo 77 del Código Penal, sobre el concurso entre los delitos de estafa y falsedad documental), así como la P71-2008, que relaciona el delito de prevaricación (artículo 406 CP) con el artículo 16 CP, que regula la imprudencia:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2006	69	Estafa y falsedad documental La estafa cometida utilizando un cheque falso, por quien haya sido autor de la falsificación: a. Se castiga, exclusivamente, como un subtipo agravado de estafa conforme al artículo 250. 1. 3º del Código Penal. b. Se castiga como un concurso medial entre un delito de estafa conforme al artículo 248.1 del Código Penal y un delito de falsedad de documento mercantil conforme al artículo 392 del Código Penal. c. Se castiga como un concurso medial entre un delito de estafa agravado conforme al artículo 250.1.3º del Código Penal y un delito de falsedad en documento mercantil conforme al artículo 392 del Código Penal. d. Ninguna de las respuestas anteriores es correcta.

AÑO	Nº	CONTENIDO
2008	71	Prevaricación e imprudencia
		En los delitos de prevaricación administrativa: a. El delito se consuma cuando la resolución administrativa se aplica al administrado. b. Es necesario que se dicte una resolución arbitraria y que además de haga a sabiendas de su injusticia, con lo cual no cabe la modalidad imprudente. c. La sanción penal es multa y la inhabilitación especial. d. Ninguna de las anteriores es correcta.

Solamente, de forma particular, se localizan preguntas que exigen una real actividad de interpretación, una calificación jurídica de unos hechos, incluyendo casos prácticos que ofrecen distintas soluciones, entre las que hay que elegir una determinada. En éstas, el opositor no sólo ha de identificar la regla o reglas aplicables, sino que, además, ha de concretar el significado de la misma para su aplicación al caso dado (“interpretación de la ley”). Así, hemos de mencionar:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2007	15	Cómputo de los plazos en el ordenamiento civil
		Los contratantes firmaron un contrato civil de compraventa en fecha 31 de enero de 2007 por virtud del cual se comprometían a otorgar escritura pública dentro de los treinta días siguientes. ¿Cuándo habrá finalizado ese plazo?: a. El último día del mes de febrero siguiente, es decir, el día 28. b. A las 24 horas del día 2 de marzo. c. A las 24 horas del día 14 de marzo, porque deben descontarse los días inhábiles. d. A las 15 horas del día 3 de marzo.
2007	19	Requisitos para la adquisición de la propiedad de un bien inmueble
		La adquisición de la propiedad de un bien inmueble adquirido por medio de contrato privado: a. Se produce en el mismo momento de la firma del contrato, si en el propio acto el vendedor le entrega las llaves al comprador y con ellas la posesión. b. Sólo se producirá cuando se inscriba en el Registro de la propiedad la adquisición. c. Sólo se producirá en el momento en que el contrato privado se eleve a escritura pública, aunque antes ya tenga el comprador la posesión. d. Todas las respuestas anteriores son incorrectas.
2007	20	Pacto sobre prescripción de acciones
		El pacto establecido en un contrato comprometiéndose ambas partes a no alegarse recíprocamente la prescripción de las acciones procedentes del contrato. a. Es un pacto válido, dado que es recíproco. b. Únicamente sería válido en el caso de que no se trate de contratos de adhesión. c. Es un pacto anulable, de forma que desplegara sus efectos siempre que las partes no hayan ejercitado la oportuna acción de impugnación. d. Es siempre un pacto nulo y no obliga a los contratantes.

Hay que resaltar que algunos de estos supuestos también pueden implicar el uso de diferentes normas (así, en la P19-2007, anteriormente reproducida, se debería acudir a los artículos 609 y 1.463 del Código Civil).

También se identifican preguntas que pretenden sistematizar en los procesos de interpretación diferentes fuentes del Derecho en orden a solventar las posibles contradicciones entre aquéllas, para cuya resolución se ha de acudir a preceptos del Derecho positivo o a la doctrina del Tribunales Constitucional y del Tribunal de las Comunidades Europeas. Así, podemos mencionar como ejemplo de estas preguntas las siguientes:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2003	67	Ley penal aplicable en el tiempo
		Las llamadas leyes penales temporales pueden constituir una excepción a: - La exigencia o reserva de ley orgánica. - El principio de proporcionalidad. - El momento en que se entiende cometida la infracción penal. - La retroactividad de las leyes penales más favorables.
2004	1	Diferencias entre leyes ordinarias y orgánicas
		La distinción entre leyes orgánicas y leyes ordinarias reside en que: - Las leyes orgánicas pertenecen al bloque de constitucionalidad. - Las leyes orgánicas son aprobadas por un sistema reforzado de mayoría en el Senado. - Las leyes ordinarias desarrollan la materia relativa al régimen electoral general mientras que las orgánicas deben desarrollar otras materias diferentes del régimen electoral general. - Las Leyes orgánicas versan sobre determinadas materias y son aprobadas por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.
2004	6	Valor de los Tratados Constitutivos de la U.E.
		Señale cual es la proposición correcta: - El Derecho de la Unión Europea tiene en nuestro ordenamiento jurídico el mismo valor que un tratado internacional. - El Derecho de la Unión Europea constituye un ordenamiento jurídico propio que se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros. - El Derecho de la Unión Europea no limita la soberanía jurídica de los Estados miembros. - El Derecho de la Unión Europea requiere de su transposición para integrarse en el Derecho interno.
2004	15	Relación entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario
		De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando un tribunal nacional contra cuyas decisiones cabe recurso considera que una ley nacional contradice el Derecho comunitario: - Puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional nacional, antes de dictar sentencia, para que declare su invalidez. - Puede plantear una cuestión prejudicial de validez contra la ley nacional ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. - Puede inaplicar por su propia autoridad la ley nacional. - Debe en todo caso plantear cuestión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
2006	4	Relación entre el Derecho interno y un Reglamento Comunitario
		De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si un tribunal nacional considera que un reglamento comunitario contradice una norma de Derecho comunitario originario: - Debe inaplicar por sí mismo el reglamento, salvo que tenga dudas acerca de su validez, en cuyo caso debe plantear cuestión prejudicial. - Debe inaplicar por sí mismo el reglamento, salvo que se trate de un tribunal frente a cuyas decisiones no cabe recurso, en cuyo caso debe plantear cuestión prejudicial. - Debe en todo caso plantear cuestión prejudicial, si pretende la inaplicación del reglamento. - Debe en todo caso aplicar el reglamento, sin poder cuestionar su validez.

2006	9	Relación entre la legislación preconstitucional y la Constitución
		Según doctrina del Tribunal Constitucional, cuando un juez ordinario estima en un caso concreto que la ley aplicable, siendo anterior a la Constitución, se opone a lo dispuesto en ésta: a. Debe en todo caso plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. b. Debe en todo caso inaplicar la ley, sin poder plantear cuestión al Tribunal Constitucional. c. Debe aplicar la ley, pues la Constitución carece de efectos retroactivos. d. Puede inaplicar la ley o, en su caso, plantear cuestión al Tribunal Constitucional.
2006	5	Contradicciones entre las leyes estatales y las autonómicas
		Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si el juez ordinario considera que una ley autonómica contradice lo dispuesto en la legislación básica estatal previamente aprobada: a. Debe inaplicar directamente la ley autonómica, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, si considera que la legislación básica estatal es válida. b. Debe plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la ley autonómica, si considera que la legislación básica estatal es válida. c. Debe siempre inaplicar la ley autonómica, por el principio de prevalencia del Derecho estatal. d. Sólo debe plantear cuestión de inconstitucionalidad si tiene dudas, pero no si tiene certeza fundada acerca de cuál de las dos normas es válida.

Las únicas tres preguntas que hemos localizado que contienen casos prácticos permiten que el opositor desarrolle una actividad interpretativa más amplia, ya que exigen no sólo un conocimiento memorístico de una determinada norma, sino también la adecuada calificación de unos hechos determinados, para lo que es relevante el dominio de la doctrina jurisprudencial existente sobre la materia en cuestión.

2.4. Argumentación.

Las cuestiones incluidas en los tests no incluyen ninguna actividad argumentativa. Sólo las escasas preguntas, anteriormente detalladas, que contienen casos prácticos, implican una elemental función argumentativa, vista desde su concepción formal, dado que exigen la aplicación del esquema subsuntivo como requisito previo para la determinación de la solución al supuesto dado, es decir, la subsunción de la norma en el relato de hechos contenido en la pregunta formulada. La concepción material de la argumentación no se puede desarrollar en las cuestiones que se plantean.

Desde la perspectiva material de la argumentación, los tests permiten el conocimiento de los preceptos legales y constitucionales, de la normativa comunitaria,

jurisprudencial o de los principios contenidos en los cuestionarios, lo que permitiría la utilización de tales normas como razones jurídicas en los procesos de argumentación.

También se incluyen en los cuestionarios items que aluden a instituciones del Estado y a principios institucionales que pueden ser incluidos como razones institucionales. Así, mencionamos las siguientes:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2004	8	Competencias del Tribunal Supremo y las del Tribunal Constitucional
		Para conocer de un recurso de casación fundado en infracción de precepto constitucional es competente: a. El Tribunal Supremo, en todo caso. b. El Tribunal Supremo, siempre que se trate de materia civil o penal. c. Los Tribunales Superiores de Justicia conjuntamente con el Tribunal Supremo según se trate de materia de derecho civil, foral o especial, o materia de derecho común, respectivamente. d. El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en última instancia.
2004	11	Principios de actuación del Ministerio Fiscal
		El Ministerio Fiscal, a diferencia del Poder Judicial, se encuentra sometido exclusivamente a los principios de: a. Independencia y jerarquía. b. Autonomía funcional y legalidad. c. Unidad de actuación y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. d. Objetividad e independencia.

Se pueden mencionar, en esta línea, la P8-2005, sobre la composición y procedimientos ante el Tribunal de Cuentas, la P8-2006, relativa al nombramiento del

Presidente del Consejo General del Poder Judicial, o la P5-2005, sobre la legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, que transcribimos:

AÑO	Nº	CONTENIDO
2005	5	Legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad Indique cuál de las siguientes afirmaciones es incorrecta: a. El recurso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto por el Presidente del Gobierno. b. No cabe interponer recurso de inconstitucionalidad contra un Estatuto ya aprobado. c. El recurso de inconstitucionalidad se formula dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado. d. Admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad contra una ley autonómica, el Tribunal Constitucional debe dar traslado, entre otros, a los órganos legislativo y ejecutivo de la correspondiente Comunidad Autónoma.

2.5. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez.

Para finalizar estableceremos unas breves conclusiones sobre la concepción del Derecho que se entiende implícita en la formulación de los tests, tal y como dicha prueba está concebida en los actuales procesos de selección de la Carrera Judicial. Para ello nos referiremos a los modelos de juez elaborados en el capítulo cuarto de la tesis.

El contenido de las preguntas de los tests versa, esencialmente, sobre el Derecho positivo. Así, la inmensa mayoría de las cuestiones aluden a normas legislativas contenidas en Códigos o Leyes. Ciertamente, también se encuentran preguntas alusivas a preceptos constitucionales, pero en ellas no se pondera la eficacia o el valor que tales preceptos ostentan en el ámbito de la interpretación jurídica. La escasa presencia de la jurisprudencia y la reducida mención a los principios propios de cada disciplina del Derecho o de valores tutelados por la práctica jurídica en los cuestionarios ahonda más en esta conclusión.

La globalidad de las preguntas contempladas en los tests refleja una concepción del Derecho como sistema. Así, las cuestiones que se plantean aluden a las diferentes modalidades de normas legislativas o con rango de ley, así como a otras reglas contempladas en el Derecho Comunitario. Se hace especial énfasis en los cuestionarios a las relaciones de validez y eficacia que han de regir las relaciones entre estas distintas reglas, en caso de colisión entre ellas, en abstracto. Es por ello que se ofrece una imagen del Derecho como conjunto de reglas ordenadas jerárquicamente y coherentes. La pirámide kelseniana, propia del juez formalista, que pretende la ordenación del conjunto de las normas del sistema jurídico desde criterios formales de validez, se trasluce en este propósito.

Dada la escasa presencia de supuestos prácticos en los tests no aparece una imagen del Derecho como práctica social, dinámica, con la problemática que conlleva la misma.

En el ámbito de la interpretación jurídica no se plantean problemas incluíbles en la “interpretación del Derecho”, como las contradicciones entre distintas normas o las lagunas del sistema. Es decir, no se exige una tarea de interrelación entre distintas normas del Derecho, más allá de ciertas excepciones anteriormente aludidas.

No se exige, asimismo, en la respuesta a las preguntas que se formulan, una actividad interpretativa dirigida hacia la “interpretación de la ley”, consistente en la concreción de las ambigüedades o imprecisiones de una norma concreta y que pudiera exigir el dominio de doctrina jurisprudencial. Sólo las muy reducidas preguntas que contienen casos prácticos (tres) podrían fomentar una “interpretación de la ley”, concebida en estos términos. No obstante, los supuestos concretos analizados no conllevan un especial ejercicio de delimitación del sentido o del significado de la norma legislativa aplicable.

Por tanto, el opositor no ha de recurrir a parámetros concretos para superar las dificultades propias de la interpretación jurídica. Tampoco se plantea la necesidad de que el desarrollo de la interpretación pueda venir modulado por la relevancia de los principios o de determinados valores. La norma, por tanto, se presupone clara, precisa y coherente.

Los parámetros del juez legalista estarían, por tanto, presentes, puesto que el mismo parte de la consideración de que las normas son completas, claras y precisas, no planteándose ningún tipo de cuestionamiento, por ello, en los procesos interpretativos previos a la aplicación de las mismas al caso concreto. La única dificultad que tendría que solventar el juez, desde este modelo, sería la adecuada selección de la norma aplicable al supuesto dado, es decir, el desarrollo de la “interpretación del Derecho”. Una vez superada esta fase no existirían dificultades, puesto que no se presuponen defectos o insuficiencias en los preceptos legales. Por ello, la principal utilidad en el ámbito interpretativo de los cuestionarios de los tests se sitúa en el ámbito de la “interpretación del Derecho”, permitiendo de forma ágil y rápida al futuro juez la localización de los preceptos aplicables y de las figuras jurídicas presentes en un supuesto para su ulterior calificación jurídica.

Desde la concepción material de la argumentación los cuestionarios de los tests se refieren a distintas razones jurídicas y, dentro de ellas, esencialmente, a las reglas contenidas en normas legislativas, con las salvedades ya detalladas, relativas a la inclusión en los mismos de la jurisprudencia, los principios o de la doctrina jurisprudencial.

Así, no se incluyen en los tests razones no prácticas, que permiten identificar otras razones (como las que permiten resolver problemas que se suscitan sobre la interpretación de determinadas normas), ni tampoco, dentro de las razones prácticas, se analizan los valores y los principios ni su relevancia jurídica, si bien algunas preguntas versan sobre principios institucionales, al referirse al funcionamiento y estructura de diferentes instituciones del Estado.

Por tanto, en los cuestionarios analizados la resolución de las preguntas formuladas facilita un razonamiento explicativo, que permitiría motivar con razones jurídicas una resolución judicial, pero no impone o exige un razonamiento justificativo, que muestre la decisión como coherente con el conjunto del Derecho preexistente.

Desde la perspectiva de la concepción formal de la argumentación, sólo excepcionales preguntas (tres), las que contienen supuestos reales o prácticos, desarrollarían la faceta argumentativa, dado que imponen la aplicación del esquema

argumentativo subsuntivo, lógico-deductivo. Sin embargo, los esquemas finalistas y los de la ponderación no aparecen en absoluto.

Es por todo lo expuesto que el modelo de juez que emerge, tras el minucioso análisis realizado de los tests que configuran la primera prueba de la oposición libre, sería el del juez legalista, que sólo considera como fundamento de sus decisiones las razones prácticas y, dentro de éstas, a la ley, que no requiere un razonamiento justificativo y que recurre solamente al esquema subsuntivo como único instrumento en el ámbito de la argumentación formal.

3. ANÁLISIS DE LOS EXÁMENES ORALES

3.1. Introducción.

En este apartado nos referiremos al estudio de los exámenes orales, que componen la segunda y tercera prueba del ejercicio de la oposición libre para el acceso a la Carrera Judicial. Como se expuso en el segundo capítulo de la tesis, estos exámenes, similares ambos en su estructura, consisten en una exposición oral ante un Tribunal de cinco temas, extraídos aleatoriamente del conjunto de temas que integran las materias comprendidas en el temario. Así, en el primer examen el candidato debe exponer un tema de Derecho Constitucional, dos de Derecho Civil y dos de Derecho Penal. En el segundo ejercicio, dos temas de Derecho Procesal Civil, un tema de Derecho Penal, otro tema de Derecho Mercantil y otro de Derecho Administrativo o Laboral. Cada examen tiene una duración de sesenta minutos, como regla general, no concediéndose para cada uno de los cinco temas de cada examen una duración superior a los quince minutos. El programa de la oposición, que compone los distintos temas que son objeto de los exámenes, se publican conjuntamente con la convocatoria de las oposiciones.

El estudio se realizará sobre el contenido de la convocatoria para el ejercicio de la oposición libre, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 5 de febrero de 2011. En el mismo pretendemos exponer, nuevamente, los fundamentos jurídicos y la concepción del Derecho que se trasluce del modelo de prueba propuesto, tanto por su formato como por el contenido del temario objeto de ésta.

3.2. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

3.2.1. *Derecho Constitucional.*

En el ámbito del Derecho Constitucional, que comprende 25 temas, la mayor parte de las cuestiones que son objeto del temario vienen contempladas en el articulado de la Constitución, al incluirse en aquél: la estructura de esta Norma, el sistema de fuentes que conforma la misma, los derechos y deberes fundamentales que enumera, así como la organización institucional que constituye.

En el ámbito de las fuentes, el temario alude a las relaciones existentes entre las mismas, las cuales permiten sistematizar su aplicación, como los apartados relativos a “La Constitución y el sistema de fuentes”, “Los tratados internacionales y su posición en el sistema de fuentes”, “El principio de reserva de ley”, “Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los autonómicos”, “La significación de las cláusulas de prevalencia y de supletoriedad” o, dentro del ámbito del Derecho Comunitario, “Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno”.

En la materia propia de los Derechos y Deberes Fundamentales se estudia el contenido del Título Primero de la Norma Fundamental, en la que se pretende analizar su contenido, su desarrollo legislativo o una breve referencia a su configuración jurisprudencial, aunque ello de una forma muy sucinta, dada la duración de la exposición de cada tema y la diversidad de epígrafes que componen cada uno de estos. Asimismo, se estudian los recursos institucionales que permiten la adecuada tutela de estos derechos (recurso de amparo en el ámbito del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Se contiene en este ámbito la configuración esencial de las principales instituciones del Estado, desde la Monarquía Parlamentaria, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial hasta el Parlamento, el Gobierno y la organización institucional de las Autonomías.

Dentro de esta disciplina se incluye el estudio de los principios y valores que presiden el Derecho español y, por ende, los procesos de interpretación del Derecho. Algunos de aquellos se refieren al sistema de fuentes, ya aludidos (como el principio de reserva de ley, los principios de prevalencia y de supletoriedad entre el Derecho estatal y el autonómico o a los principios de efecto directo y de primacía) y otros aluden a los Derechos y Deberes Fundamentales, como el principio de igualdad o la mención relativa a los “Principios rectores de la política social y económica”.

El temario de Derecho Constitucional abarca, asimismo, referencias jurisprudenciales, fundamentalmente los temas relativos a los Derechos y Deberes Fundamentales y a las fuentes del Derecho, ya sea en el ámbito del Derecho estatal, en el análisis de las relaciones entre el Derecho estatal y el autonómico o en el estudio de la relación entre estos Derechos y los extra o supra-nacionales, como sucede en con las referencias a los Tratados Internacionales y al Derecho Comunitario.

En suma, el capítulo relativo a Derecho Constitucional estaría protagonizado, esencialmente, por el articulado de la Constitución y las leyes que la desarrollan, ya en el ámbito institucional, ya en el ámbito de los Derechos Fundamentales, con algunas pequeñas incursiones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

3.2.2. *Derecho Civil y Derecho Penal.*

En el ámbito del Derecho Penal (60 temas) y Civil (96 temas), en el que incluimos el Derecho Procesal (el Derecho Procesal Civil tiene 56 temas y el Penal 37 temas), el protagonismo del Derecho positivo es más evidente, correspondiéndose los epígrafes del programa, esencialmente, con el contenido del Código Civil y el Código Penal y con el de las Leyes de Enjuiciamiento, pero también con el de la legislación especial propia de cada materia, ya aludida en el capítulo relativo al estudio de los tests.

Los temas dedicados al Derecho Civil aluden a la mayoría de las figuras e instituciones contempladas en el Derecho positivo, tanto en el Código Civil como en las leyes especiales, de las que se incluyen breves referencias en el temario. En el ámbito del Derecho Penal se realiza una descripción de todas las figuras delictivas, ya incluidas en el

Código Penal, ya contenidas en las leyes especiales vigentes. El temario de Derecho Procesal es, prácticamente, una reproducción del articulado de las leyes procesales, salvo contadas referencias a aspectos vinculados a determinados procedimientos o a Tribunales internacionales (tema 11 de Derecho Procesal Civil, temas 36 y 37 de Derecho Procesal Penal).

En todo caso, se contemplan referencias doctrinales en el tema 1 de Derecho Civil, relativo al concepto del Derecho y a la estructura de las normas jurídicas, o en el tema 16, relativo a los hechos y negocios jurídicos. En Derecho Penal también existen temas de naturaleza doctrinal, fundamentalmente en los temas 2 y 3, relativos a las teorías sobre el delito y sobre la acción.

En el Derecho Penal, asimismo, aparecen principios que rigen esta disciplina jurídica, detallados en el Tema 1 de la parte propia de este Derecho. De estos principios, algunos están expresamente contemplados en el articulado del Código Penal, como el de culpabilidad (artículo 5 del Código), o el de legalidad (artículo 2 del Código). Otros mantienen un reconocimiento más singular en la doctrina jurisprudencial, como sucede con el principio *non bin in idem*. En el Derecho Procesal Civil también se alude en un apartado del Tema 1 a los principios propios de esta rama del Derecho, así como en los Temas 5 y 6 a los principios que han de orientar el proceso Civil. Idénticas valoraciones pueden efectuarse respecto del Derecho Procesal Penal, en cuyo Tema 1 se incluyen los principios que fundamentan este proceso.

Dada la gran cantidad de conceptos y figuras jurídicas que son objeto de desarrollo en los temas propios del Derecho Civil y Penal y el tiempo de exposición exigido en el formato del examen, apenas se deja ámbito en el programa para el estudio de la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre las diferentes instituciones estudiadas. Este estudio es más viable, en el ámbito del Derecho Penal, en aquellas cuestiones propias de la Parte General del Derecho Penal que no tienen una regulación muy amplia o en aquellos delitos que están descritos en tipos penales que no son excesivamente prolisos.

En el Derecho Procesal Penal sí se puede mencionar el estudio de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto de la cual se incluye una breve referencia en el Tema 37 de esta materia. En todo caso, es

notorio que, por obvias razones del tiempo requerido para la exposición en este modelo del examen y de la gran cantidad de epígrafes existentes en los diferentes temas del programa, el ámbito de estudio de la jurisprudencia es, necesariamente, limitado, tanto en su extensión como en su objeto. Por ello, existe una predominancia evidente en esta prueba del Derecho positivo.

3.2.3. *Derecho Mercantil, Derecho Administrativo y Derecho Laboral.*

En el Derecho Mercantil (19 temas), Administrativo y Laboral (entre los dos, 27 temas) la presencia del Derecho positivo asume, prácticamente, la totalidad del temario, dada la menor cantidad de temas presentes en estas disciplinas y la amplitud de las materias objeto de examen. En el Derecho Administrativo y en el Derecho Laboral se contiene, asimismo, una descripción de los procedimientos judiciales de los órdenes social y contencioso. En Derecho Mercantil, además de las referencias a las principales instituciones jurídicas contempladas en el Código de Comercio, se contienen alusiones a figuras jurídicas reguladas en la normativa especial, como la Ley Cambiaria y de Cheque o la Ley del Contrato de Seguro.

3.2.4. *Valoración del temario por la doctrina.*

Las disciplinas estudiadas en la oposición se corresponden con las que más importancia mantienen en los Juzgados que constituyen el primer destino de los jueces recién egresados, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, que conocen de las materias propias del Derecho Civil y de la instrucción de los procesos penales.

Del contenido del temario se deduce que el mismo pretende abarcar, al máximo posible, el contenido, dentro de cada disciplina, de todas las figuras jurídicas e instituciones contempladas en el Derecho positivo. De ahí su extensión y el hecho de que, casi todo el mismo, esté protagonizado por el texto de las leyes vigentes, con una marginación de la doctrina y de la jurisprudencia. El temario, por tanto, pretende desarrollar un recorrido por la generalidad del Derecho positivo, pero con independencia de la importancia jurídica, social o económica que pueda tener cada ámbito concreto, es decir, sin valorar la frecuencia de cada figura ostenta en el tráfico económico, la mayor o menor doctrina jurisprudencial que haya generado o la asiduidad con que se presente en la

práctica forense. Así, se puede observar la poca relevancia otorgada a ciertas figuras jurídicas, como determinados contratos mercantiles o ciertos delitos, que ostentan una gran trascendencia en la vida jurídica, no sólo en su dimensión cuantitativa, sino también por la notable influencia que la doctrina jurisprudencial ha mantenido en tales materias, frente a la presencia de otras instituciones jurídicas o figuras delictivas de escasa notoriedad, como la figura de la ocupación o el supuesto de los delitos en caso de conflicto armado.

Estas cuestiones ya fueron puestas de manifiesto en los distintos artículos y publicaciones que han tratado la cuestión. En este sentido, Sáinz Arnaiz y Hernández García² indicaban, con anterioridad a la actual configuración del temario:

“¿Cómo justificar la presencia de apartados dedicados a los censos, prácticamente desaparecidos, o a la anticresis, casi inexistente en nuestro universo contractual? ¿Cómo explicar la superficialidad con la que se afrontan los contratos mercantiles o la referencia en un único apartado... a la contratación electrónica? ¿Se justifica en un único tema la presencia de los límites a la propiedad privada en materia de aguas, minas, costas y montes y de la propiedad intelectual? ... ¿Qué decir de la ocupación y su constancia en el temario? Obsérvese que la atención que se presenta a esta anacrónica institución coincide con la que se dedica al incumplimiento de las obligaciones, cuando éste constituye una de las causas de oposición a las reclamaciones contractuales más frecuentes en nuestros tribunales. ¿Y la identidad de presencia –un tema- de los cuasicontratos y de la responsabilidad extracontractual? Nada parece importar, en definitiva, la trascendencia social o económica de las instituciones cuyo conocimiento memorizado se exige a los opositores.... ¿Cómo justificar la idéntica asignación temporal a efectos de la exposición oral –un tema- a la punibilidad ... que a los delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, los derechos de los trabajadores y los derechos de los extranjeros?... ¿tiene sentido el esfuerzo dedicado a memorizar delitos que, casi con total seguridad, jamás aplicará el futuro juez?... ¿puede explicarse que a la cuestión de inconstitucionalidad, que sólo jueces y tribunales están legitimados para plantear, se le dedique una parte del epígrafe que tiene por objeto el control de constitucionalidad de las leyes? ¿Es posible justificar que el recurso prejudicial ocupe la quinta parte del tema que lleva por título *el ordenamiento jurídico*?”

² SAINZ ARNAIZ, A. “La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas”. Laboratorio Alternativas. Fundación Alternativas. 2007. Documento de trabajo 119/2007. SAINZ ARNAIZ, A. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J. “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”. *Actualidad Aranzadi*. N° 568. Pamplona. 2003. Págs. 1-6.

Valls Gombau³ también indicó que en la primera parte del programa sobre Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional confluyen una amalgama de temas superpuestos e inconexos sobre materias de Derecho Constitucional, Comunitario, teoría general del Derecho y Derecho orgánico que merecen un tratamiento singular y más desarrollado, calificando como críticas acertadas las que realizan Hernández García y Sainz Arnaiz en el artículo mencionado con anterioridad, añadiendo que procedería una revisión del temario para que responda a la necesidad de comprobar unos conocimientos adaptados a las nuevas realidades económicas y sociales.

Fernández Seijo⁴ también señaló varias propuestas de reforma del temario. La primera aludía a la necesidad de que se otorgue una mayor importancia al Derecho Constitucional, para que el mismo constituya un fundamento del temario, lo que exigiría un conocimiento de las sentencias capitales en el desarrollo del sistema de protección de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito nacional como internacional. La segunda, la supresión de las materias relativas a Derecho orgánico. La tercera, la ampliación de ciertos temas relativos a las cuestiones que más incidencia tienen en los Juzgados (en materia civil, las obligaciones y contratos y la responsabilidad extracontractual; en materia penal, los delitos que afectan a la integridad física y a la protección del patrimonio). Por último, en Derecho Procesal sería, a su juicio, deseable una cierta reducción de la regulación positiva del mismo para otorgar mayor protagonismo a los criterios de interpretación de las normas procesales delimitados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Requero⁵, por otra parte, proponía otorgar una mayor relevancia al ámbito de los derechos fundamentales e introducir un temario específico de Derecho Comunitario, con una actualización del relativo al Derecho Civil y al Derecho Penal.

³ VALLS GOMBAU, J. F. “El acceso a las carreras judicial y fiscal”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Nº 69. 2003. Págs. 464-489.

⁴ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. “El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre”. En Vals Gombáu, J.F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 209-233.

⁵ REQUERO IBÁÑEZ, L. “La oposición de ingreso en la Carrera Judicial: ¿Hay espacio para la esperanza?”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.

Ciertamente, algunas de estas críticas han sido acogidas en las modificaciones del temario que se han introducido en las últimas convocatorias. Así, existe una mayor atención a la materia vinculada con los Derechos Fundamentales, se han sistematizado los temas relativos a la interpretación y a la teoría del Derecho (que se han incluido en el Derecho Civil), se han eliminado del programa determinadas figuras de escasa relevancia, como la anticresis o los censos, se estudian de forma más ordenada los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en el tema 25 de Derecho Constitucional), se ha eliminado la parte relativa a Derecho orgánico propio de los jueces y magistrados y se ha otorgado una mayor extensión a los temas dedicados a las obligaciones extracontractuales o al contrato civil de compraventa.

Por otra parte, hay una ausencia notable de doctrina jurisprudencial en el programa, que prácticamente sólo deja espacio para el conocimiento de la literalidad de las normas positivas. Así, como refleja Sainz Arnaiz⁶, no se otorga relevancia a la jurisprudencia constitucional, a los efectos interpretativos del Convenio de Roma de 1950, a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, a los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o a los aspectos de relevancia constitucional del Derecho Comunitario.

Por ello, de la configuración total del proceso de selección se puede deducir que en la fase de los exámenes orales se ha optado por exigir un conocimiento integral del Derecho positivo.

3.3. Interpretación jurídica.

La superación de los exámenes orales, en los términos en los que están concebidos, no exige tarea de interpretación jurídica alguna, dado que el alumno se limita a reproducir el contenido de un texto.

Por tanto, al opositor no se le plantean situaciones en las que ha de dilucidar si en su supuesto dado existen contradicciones entre distintas normas o preceptos de las

⁶ SAINZ ARNAIZ, A. “La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas”. Laboratorio Alternativas. Fundación Alternativas. 2007. Documento de trabajo 119/2007. SAINZ ARNAIZ, A. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J. “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”. *Actualidad Aranzadi*. Nº 568. Pamplona. 2003. Págs. 1-6.

normas, ambigüedades, ámbitos de discrecionalidad, lagunas,... No ha de interrelacionar distintas normas ni delimitar la figura jurídica que podría estar presente en un supuesto dado ("interpretación del Derecho").

Estos exámenes orales no ofrecen pautas ni para la detección de la problemática que se puede suscitar en la interpretación del Derecho ni, sobre todo, para arbitrar posibles soluciones para su ulterior resolución, si bien es reseñable la inclusión en el programa de temas que pueden contribuir a una más adecuada práctica jurídica en el ámbito interpretativo, como se aprecia, fundamentalmente, en aquellos que se refieren al estudio de las distintas fuentes del Derecho y a la relación que mantienen las mismas, así como los que tienen como objeto principios esenciales de una disciplina jurídica, lo que, como ya hemos referido, sucede en ciertos temas presentes del Derecho Constitucional, Penal o del Derecho Procesal.

Los temas de Derecho Constitucional relativos a los derechos fundamentales o a los principios rectores de la política policial y económica podrían orientar también los procesos de interpretación. Pero la parte del programa dedicado a estas materias no incorpora criterios para precisar cómo o en qué medida los principios o derechos incluidos en aquellos pueden influir, condicionar u orientar la interpretación jurídica. No se matiza cómo tiene lugar y en qué términos "el efecto directo" de la Constitución o la eficacia mediata de los derechos fundamentales, en qué medida la doctrina constitucional sobre estos derechos o la presencia de los principios constitucionales pueden afectar a la interpretación de otras fuentes del Derecho, en qué medida los principios pueden matizar o flexibilizar el sentido y tenor de la ley ni se afronta la interrelación de la doctrina jurisprudencial con las fuentes legales.

El estudio de los conceptos e instituciones, por tanto, tiene lugar en abstracto y, en general, de forma estanca, sin una adecuada interrelación entre aquellos.

3.4. Argumentación.

El desarrollo de los exámenes de la oposición no implica actividad argumentativa alguna. Así, desde la perspectiva de la argumentación formal no se potenciaría el uso de ningún esquema argumentativo.

Por lo que respecta al ámbito material de la argumentación, en los exámenes no están presentes razones extrajurídicas, referentes a los hechos, ni morales. Sí se incluyen razones institucionales, referentes a aquellas instituciones que son objeto de estudio en el temario, como ya se ha expuesto. El ámbito de estudio de los exámenes lo componen, claramente, las razones jurídicas. Así, junto a las leyes (que prácticamente constituyen el grueso del Derecho positivo y del temario), se incluyen breves y escuetas referencias a la jurisprudencia, los principios generales del Derecho e, incluso, a otras fuentes más marginales, como es el caso de la costumbre. No obstante, la presencia del material jurídico no representado por las leyes es muy escasa y desigual.

3.5. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez.

La concepción del Derecho que se trasluce del contenido del temario establecido para los exámenes de la oposición es la del Derecho como sistema, propia de las teorías positivistas. Se ofrece una pluralidad de fuentes del Derecho, pero, sobre todo, se proyectan las mismas como conjunto sistemático de normas que se caracterizan por estar reguladas por unas reglas de validez y eficacia que permiten determinar qué fuente ha de ser aplicada en caso de yuxtaposición de las mismas. El Derecho positivo, concretamente la ley, asume, con diferencia, la mayor parte del contenido del temario, esencialmente los Códigos en los que se integra el núcleo de las materias en cuestión (Código Civil, Código Penal, Código de Comercio y las Leyes Procesales).

Ciertamente, se incluyen en el temario de la oposición, dentro del Derecho Constitucional (principios y derechos fundamentales), Derecho Penal y Derecho Procesal el estudio de algunos principios orientadores de las disciplinas jurídicas en cuestión, aunque no se matiza en cada caso la relevancia que ostentan los mismos en la actividad jurisdiccional, al partir de un conocimiento meramente teórico de estos.

La jurisprudencia estaría muy poco presente en el temario. Sólo completaría algunas cuestiones incluidas, fundamentalmente, en el Derecho Constitucional y en el ámbito del Derecho Penal, con una presencia muy concisa. Evidentemente, el Derecho como práctica jurídica no se vislumbra en esta modalidad de examen.

El modelo de juez que se trasluce de las fuentes del Derecho se identificaría, en su mayor parte, con el propio de la Escuela de la Exégesis, dado que en la casi totalidad del temario está constituido por el Derecho positivo, por la legislación.

No obstante, es también constatable la aparición en el programa, de forma complementaria, de otros ámbitos que excederían de las características propias del modelo del juez legalista, como es el caso de: los principios orientadores de las distintas disciplinas; de doctrina jurisprudencial, en los términos ya apuntados; dentro del Derecho Constitucional, la presencia de varios temas dedicados al Capítulo de la Constitución titulado “De los Derechos y Deberes Fundamentales” (que comprende los Derechos Fundamentales y los Principios rectores de la política social y económica). Estos elementos excederían de los parámetros propios del juez legalista, aunque al tratarse de un conocimiento meramente teórico de los mismos su concreción en el ámbito de la interpretación y de la argumentación podría ser muy diversa.

Por otra parte, la estructura del temario es, en cierta medida, fiel reflejo del sistema que construyen los positivistas, especialmente el propio del juez formalista kelseniano, a la vista del interés que refleja aquél en la delimitación de relaciones jerárquicas y estructuradas entre las distintas fuentes jurídicas (Constitución, leyes, disposiciones reglamentarias y principios generales, los cuales coexisten junto a la jurisprudencia).

La superación de los exámenes orales no conlleva operación interpretativa alguna, dado que no se plantean a los examinandos problemas incluíbles en la “interpretación del Derecho” o en la “interpretación de la ley”, aunque es evidente que el dominio del temario ofrece un conocimiento instrumental muy valioso del Derecho positivo que sirve de base para el desarrollo de la faceta interpretativa, pues cualquier modelo de interpretación efectuada desde los distintos modelos de juez estudiados ha de partir de un análisis del Derecho positivo vigente.

Pero, como hemos expuesto, el opositor no ha de interrelacionar distintas normas ni delimitar la figura jurídica que podría estar presente en un supuesto dado (“interpretación del Derecho”).

No se detallan parámetros u orientaciones sobre cómo o en qué medida la Constitución o los principios pueden influir, condicionar u orientar la interpretación jurídica, no se afronta un profundo estudio de la doctrina jurisprudencial ni se interrelaciona la misma con las restantes fuentes del Derecho.

Al efectuarse el estudio de estas últimas cuestiones de forma memorística, abstracta e independientemente de otras disciplinas e instituciones no se ofrecen criterios o parámetros para delimitar en qué medida o de qué modo pueden intervenir en la faceta interpretativa.

Por tanto, en el ámbito de la interpretación el modelo de juez que, entendemos, asume el opositor que supera estos exámenes, de acuerdo con el contenido y objeto de las pruebas descritas, sería el modelo del juez legalista, propio de la Exégesis. Y ello por el protagonismo que asume la ley y porque no se plantea la problemática que se suscita en la actividad de interpretación jurídica (que Hart la consideraba como una actividad compleja), el modo o los instrumentos a través de los cuales se puede desarrollar ni los términos en que pueden influir las diferentes fuentes del Derecho en los procesos de interpretación. Se presupondría, por tanto, que la ley es clara, completa y precisa. Todo ello conlleva, en suma, que no se proponga un concreto modelo interpretativo.

La argumentación en su concepción formal no está presente en estos exámenes orales, dado que el opositor no ha de aplicar esquema argumentativo alguno. En cuanto a la argumentación material, en el temario aparecen sólo razones jurídicas y prácticas (que constituyen el fundamento último de las resoluciones), junto a algunas institucionales desarrolladas en el Derecho Constitucional. Dentro de las razones jurídicas la ley asume la casi totalidad del temario. Los principios y la jurisprudencia constituirían una pequeña y mínima parte de aquél. Las razones no prácticas, aquéllas que permiten aclarar o ampliar el sentido y alcance de otras, que suelen frecuentemente ser utilizadas por los Tribunales en sus resoluciones judiciales, en aras de aclarar la interpretación de múltiples normas comprendidas en el Derecho positivo, están ausentes.

Dado que no se exige para la superación de esta prueba el uso de esquemas argumentativos concretos ni criterios de justificación de las decisiones y que, por tanto, la aplicación de la ley al supuesto de hecho y el esquema subsuntivo se ofrecen como únicos

recursos para el posterior desarrollo de la argumentación del juez, el modelo de juez más próximo a esta prueba en el ámbito argumentativo sería el juez legalista propuesto por la teoría de la Exégesis, dado que el mismo sólo aporta como base de la interpretación la ley y como fundamento único de la argumentación el esquema subsuntivo.

4. EL CURSO PRESENCIAL EN LA ESCUELA JUDICIAL. DIRECTRICES GENERALES DE LOS PLANES DOCENTES

4.1. Introducción.

En el presente apartado se analizará el período de docencia que se desarrolla bajo la dependencia de la Escuela Judicial, órgano dependiente -a su vez- del Consejo General del Poder Judicial, y que constituye la segunda fase del proceso selectivo que deben superar los candidatos que pretendan acceder a la Carrera Judicial española.

Este estudio tiene como objeto delimitar los criterios y fundamentos jurídicos que subyacen en las directrices y en el temario incluidos en los planes de formación de la Escuela Judicial y, en definitiva, precisar el modelo de juez que se propone desde la misma. El período de formación en la Escuela Judicial comprende, a su vez, dos etapas: un curso teórico-práctico, que tiene lugar en la sede de la Escuela Judicial sita en Barcelona, y un segundo período de “prácticas tuteladas”, que cada alumno de la Escuela Judicial (o “juez en prácticas”) lo desarrolla en un Juzgado concreto de la geografía española y bajo la dependencia de un magistrado tutor.

El estudio se realizará utilizando como material empírico el Plan Docente de Formación Inicial que, anualmente, aprueba el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y, asimismo, los documentos que son utilizados para la evaluación de los jueces en prácticas durante el período de “prácticas tuteladas”. El análisis de los Planes Docentes de la Escuela Judicial se considera de especial relevancia, en la medida en que los mismos contienen las claves o ejes en torno a los cuales se delimita el modelo de juez del que parte el Consejo General del Poder Judicial, pues esta institución participa en el diseño, no sólo de las fases de selección y formación inicial de los nuevos jueces, sino también de los procesos de formación continua, de especialización y de promoción de la Carrera

Judicial. Los Planes, si bien tienen carácter bianual, son objeto de renovación anual. Por dicho motivo el estudio se extenderá al plan docente concerniente a los años 2010-2012 y también al posterior (el relativo al bienio 2011-2013), con el objetivo de lograr una visión más amplia y completa de los postulados desde los cuales se configura la formación inicial de los jueces en España.

El análisis de los planes docentes se centrará en los capítulos que contienen sus directrices generales, en tanto en cuanto estos constituyen el frontispicio del proceso de formación diseñado institucionalmente para la formación de los nuevos jueces, así como en los apartados de los Planes dedicados a las distintas Áreas en las que se divide la docencia de la Escuela Judicial. En el Plan Docente del bienio 2010-2012 se realizará un examen específico del Área de Derecho Constitucional, al considerar que su programación incluye en este caso una serie de peculiaridades, mientras que en el Plan Docente correspondiente al período 2011-2013 se introducirá un especial estudio del cuadro de competencias que detalla.

La estructura que seguiremos en el estudio de los Planes Docentes será similar a la utilizada en el estudio de los tests y de los exámenes orales de la oposición libre, de forma que se incluirá un examen del temario (cuyo contenido se incluye en el anexo de la tesis, donde figuran los planes de formación analizados), de las fuentes del Derecho y concepción del Derecho, de la interpretación jurídica y, finalmente, de la argumentación.

4.2. El período de docencia en el plan docente de la Escuela Judicial 2010-2012.

4.2.1. Temario.

El temario de cada una de las áreas de Primera Instancia (que comprende el Derecho Civil sustantivo y procesal), Área de Instrucción (que englobaría el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal Penal) contiene las cuestiones o materias que, dentro de cada una de estas disciplinas, se presentan con más frecuencia y ostentan una mayor repercusión en la práctica forense en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, los órganos que, con carácter general, constituyen el primer destino de los jueces. En el programa también se incluyen dos disciplinas adicionales, como son Derecho Orgánico y Contabilidad, que no serán objeto de especial estudio dado su carácter auxiliar y complementario.

El Derecho Civil comprende el derecho de daños, el derecho relativo a los consumidores y usuarios, la contratación privada y los vicios de la construcción, el derecho de la persona y la familia y los arrendamientos urbanos y la propiedad horizontal. Desde la perspectiva del Derecho Procesal se estudian todos los hitos fundamentales del procedimiento y las diferentes modalidades procesales, incluyendo el ámbito de la ejecución, las medidas cautelares y los medios probatorios.

Estas materias, ciertamente, asumen la mayor parte de la casuística propia de los primeros destinos de los nuevos jueces. Se obvian, en este ámbito, otros sectores del Derecho Civil de menor incidencia, como parte de los derechos reales (que -no obstante- también ostentan gran repercusión en el ámbito rural), el Derecho de Sucesiones o los procedimientos de liquidación patrimonial, contemplados en el Libro IV de la LEC. La amplitud de las materias y la, proporcionalmente, reducida duración del curso teórico-práctico podrían ser la causa de esta selección de contenidos.

En el Derecho Penal se ofrece una visión generalizada de los procedimientos que se sustancian en los Juzgados de Instrucción, fundamentalmente respecto de aquellas fases de los mismos que se tramitan en estos órganos jurisdiccionales. Desde el inicio de los procedimientos, el estatus del imputado y la víctima y las medidas que se pueden adoptar relativas a estos, la fase de instrucción (con especial detenimiento en las diligencias de investigación que afectan a los derechos fundamentales), la fase intermedia de los procedimientos y, por último, la ejecución de la sentencia y la celebración de juicios orales.

El Derecho Constitucional y de la Unión Europea contiene criterios para clarificar el actual sistema de fuentes, dada la coexistencia del Derecho nacional y del comunitario en el Estado español, mediante el dominio de los principios que regulan las relaciones entre estos dos ordenamientos, con la pretensión de sistematizar la aplicación de ambos.

El otro bloque que conforma el programa del Área de Derecho Constitucional, relativo a los derechos fundamentales, más dedicado a la doctrina de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional, comprende el estudio de una serie de sentencias de estos dos Tribunales que han resuelto conflictos en los que se dilucidaba la efectividad y alcance de los derechos reconocidos como fundamentales en nuestra Carta Magna. Esta sección del

programa constituye una materia relevante para la configuración del juez que el propio plan docente denomina “juez constitucional”, dado que la eficacia y reconocimiento de los derechos fundamentales en los diferentes procedimientos, civiles y penales, es un criterio relevante en los términos en los que se concibe la interpretación y la argumentación⁷.

En última instancia, hay que mencionar el amplio espacio que se otorga en el Plan Docente a la descripción de las diferentes metodologías de trabajo y de docencia que se utilizan en la Escuela Judicial, pues ocupan la mayor parte del contenido del Plan. Estas líneas metodológicas han sido desarrolladas por nuestra doctrina recientemente (entre otros, podemos citar a Álvarez Pérez⁸, Sagüés⁹, Javier Pereda¹⁰, García Valdés¹¹, o Vázquez Sotelo¹²) y se vislumbran en el Plan Docente de la Escuela Judicial. Así, podemos mencionar como apartados dedicados a este objeto los siguientes:

- Ejes en la planificación docente (apartado 1.3);
- Objetivos generales de la planificación docente (apartado 2.7);
- Líneas del plan docente 2010-2011 de la fase teórico práctica. Estructura y metodologías docentes (apartado 4, páginas 5, 6, 7 del programa);
- Metodología de evaluación (apartado 6.2);

⁷ El Plan Docente expresa en su apartado 2.2 (objetivos generales de la planificación docente): “Se considera fundamental ... el papel de la judicatura como garante de los derechos fundamentales.”

⁸ ÁLVAREZ PÉREZ, T. “La Escuela Judicial”. *Revista jurídica de Cataluña*. Nº 2. 2000. Págs. 293-303.

⁹ SAGÜÉS, N.P. *Las escuelas judiciales*. Universidad Autónoma de México. México. 1998.

¹⁰ PEREDA GÁMEZ, F.J. *Sobre la experiencia pedagógica de formación inicial de la Escuela Judicial*. Barcelona. 2003. También en “Reflexiones sobre competencias y sobre la competencia decisoria de los futuros jueces en la Escuela Judicial Española”. *Revista de educación y Derecho. Education and law review*. Nº 3. Octubre 2010-marzo 2010.

¹¹ GARCÍA VALDÉS, C. “La selección y formación de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales”. *Revista del Poder Judicial*. Nº 7. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1987. Págs. 39-51.

¹² VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*. Publicaciones y promociones universitarias. Barcelona. 1995. En sus páginas 81-88 contiene referencias a Escuelas Judiciales españolas y foráneas.

- Método y materiales docentes, en el programa de Derecho Constitucional y de la Unión Europea (apartado 3.2);
- Actividades complementarias del Área de Primera Instancia (apartado 4);
- Actividades complementarias en el Área de Instrucción (apartado 5);
- Cursos monográficos, seminarios y observatorios (el apartado 8);
- Estancias (apartado 9).

La metodología de estudio que se propone se fundamenta en el desarrollo del método del caso, consistente en el análisis de supuestos extraídos de la realidad, sin perjuicio de la realización durante el período de docencia de otras actividades con formatos diferentes, como cursos, estancias u observatorios.

4.2.2. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

4.2.2.1. Directrices generales del plan docente.

El plan especifica que se pretende que el juez (egresado de la Escuela) tenga un excelente conocimiento de los textos legales (apartado 1.3.1), que resuelva los conflictos que se le sometan de conformidad con el sistema de fuentes (apartado 2.4 *in fine*) y que esté sujeto al principio de legalidad (apartados 2.2 y 2.6), indicándose de forma explícita que no se propone desde la Escuela un incremento de los conocimientos materiales de los jueces¹³ (apartado 2.5), sino sólo completar los conocimientos de los mismos desde una perspectiva práctica y enmarcada en el proceso (apartado 3.2, objetivos básicos del período de la fase presencial, cuarto punto). Se reconoce, asimismo, la existencia en la realidad jurídica española de un “complejo sistema de fuentes legales y de un entramado de normas procedentes de diferentes ámbitos” (apartado 1.3.1. del Plan).

No se introduce una mención concreta en el Plan Docente al valor o naturaleza de la jurisprudencia ni tampoco a los principios, si bien respecto de estos últimos es reseñable la referencia que se incluye en el apartado dedicado a la “simulación de los juicios de faltas”, donde se especifica que se pretenden ofrecer “pautas y criterios para la gestión procedimental del acto” de la simulación, como la “contradicción, el principio de

¹³ Tampoco se explicita a qué conocimientos, exactamente, se refiere.

igualdad de partes o la imparcialidad judicial, instrumentos que posibilitan la solución de incidencias procesales que puedan surgir durante el desarrollo del debate y para las cuales a veces la norma no ofrece una solución expresa o adecuada”. De tal inciso se deduciría una función supletoria de los principios (aunque no se designan como tales, sino como pautas y criterios) ante la existencia de lagunas legales en el ámbito del Derecho Procesal Penal.

También hay que resaltar las escasas referencias que se introducen en las líneas generales del Plan Docente a la Norma Constitucional (más allá de las alusiones contenidas en el programa del Área de Derecho Constitucional), únicamente aludida en el apartado 2.2 del programa, donde se detalla que “Se considera fundamental la formación en valores constitucionales y el papel de la judicatura como garante de los derechos fundamentales”.

Por último, se localizan alusiones a la normativa internacional en el contenido del “curso sobre cooperación internacional civil y penal” y en el relativo al “secuestro internacional de menores”.

4.2.2.2. Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea.

Mención aparte merece la programación del Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea. En primer lugar, hay que destacar la inclusión de esta disciplina en el programa de formación de la Escuela Judicial, dado que la misma no constituye, específica y directamente, la materia que los jueces desarrollan en sus primeros destinos, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, que está conformada por el Derecho Civil y el Derecho Penal, sin perjuicio de la relevancia que la jurisprudencia constitucional mantiene en estos sectores del Derecho.

En segundo lugar, es reseñable que en el desarrollo del programa de esta Área se citen fuentes jurídicas no incluidas en los primeros capítulos del plan docente. Así sucede con las disposiciones procedentes del Derecho de la Unión Europea (directivas, decisiones-marco, ...), así como los principios del Derecho que se enumeran en los objetivos de esta materia, tanto aquellos con arreglo a los cuales se aplican y se hacen efectivos los preceptos constitucionales, como los que delimitan los criterios de

aplicación del Derecho de la Unión Europea (apartado 3.1, punto primero y apartado 3.3, punto tercero, del programa del Área de Derecho Constitucional).

También se incluyen en cada bloque temático detalladas y amplias referencias jurisprudenciales, que son las que constituyen, en esencia, la materia objeto de estudio.

4.2.3. *Derecho y Moral.*

En el contenido del plan docente se incluyen algunas referencias al aspecto ético del Derecho que ha de ser objeto de aplicación por los futuros jueces. Así, se especifica que se habrá de fomentar “la formación de la Judicatura en los valores constitucionales” (apartado 2.2) y “la inmersión de la Judicatura en una sociedad democrática, social y plural” (apartado 2.2).

También contiene el Plan unas alusiones a reglas deontológicas que han de ser respetadas por los jueces (apartado 2.4 del Plan). Se mencionan las siguientes: la independencia, integridad, imparcialidad, prudencia, seriedad, diligencia, respeto, igualdad de trato y transparencia, lealtad al ordenamiento, humanidad, competencia profesional, humildad y la firmeza. Estos criterios no aluden a una posición de la Moral frente al Derecho, sino a una serie de actitudes y valores personales que se pretende sean vividos por los futuros jueces, los cuales, en su mayor parte y con una formulación más casuística, están contemplados en el propio estatuto jurídico del juez (imparcialidad, lealtad al ordenamiento, independencia,...). Otros, como la humildad, la humanidad o la prudencia aluden a valores que se pretenden inculcar a los alumnos y que se pueden predicar, no sólo de la función judicial, sino de cualquier otra profesión. Es decir, no son indicadores de carácter jurídico ni específicos de una profesión jurídica. En esta línea también se incluye en el programa la realización de un curso sobre deontología profesional.

También indica el Plan que, desde la Escuela Judicial, se pretende que los alumnos tengan “una exacta comprensión de los hechos y su trascendencia jurídica en el contexto social” (apartado 1.3.1), así como “un conocimiento de la realidad social en la que nacen los conflictos” (apartado 3.2, punto segundo), aunque sin una concreción más precisa del sentido y alcance de estos propósitos.

4.2.4. Interpretación jurídica.

4.2.4.1. Directrices generales del Plan Docente.

En el plan docente se incluyen criterios y objetivos que podrían traslucir el modo en que se concibe, desde la Escuela Judicial, la actividad interpretativa. Así, el plan precisa que se pretende que el alumno obtenga:

- *Un entrenamiento de las capacidades analíticas* (punto 1.3.1)
- *Un dominio de los instrumentos necesarios para la identificación de la norma aplicable* (punto 1.3.1).
- *La resolución de los conflictos que se le sometan de conformidad con el sistema de fuentes* (punto 2.4).
- *El ensamblaje entre los conocimientos teóricos con la aplicación práctica de los mismos en la realidad jurisdiccional y la gestión de los conocimientos ya adquiridos en la fase de oposición teórica* (punto 1.3.4 y punto 2.5).
- *Un dominio de las habilidades necesarias para la toma de decisiones prudenciales* (punto 2.4).
- *La identificación y resolución de los conflictos y los problemas jurídicos presentados* (punto 3.2 y punto 3.2).
- *La adquisición de habilidades y competencias de orden procesal (dirección y gestión del proceso)* (punto 2.6).

Finalmente, podríamos incluir otros objetivos más genéricos que podrían incidir, en cierta medida, en la función interpretativa. En este sentido, se alude a que los alumnos han de:

- *Obtener una alta preparación científica* (punto 1.3.1).
- *Completar los conocimientos adquiridos en la formación académica anterior y en las pruebas de acceso desde una perspectiva práctica y enmarcada en el proceso* (punto 3.2).

- *Asimilar la transmisión de la experiencia del buen hacer profesional* (punto 1.3.4).

Analizaremos más detalladamente cada una de estas cuestiones que se plantean en el plan como directrices para la formación de los alumnos.

- a) *“El entrenamiento de las capacidades analíticas”*. Es lo cierto que tanto la actividad interpretativa (que exige una previa calificación jurídica de los hechos enjuiciados) como la concreción de los hechos que en un procedimiento concreto son jurídicamente relevantes y, dentro de estos, cuáles son controvertidos entre las partes litigantes, exigen una actividad de análisis, en el sentido de descomposición de los elementos jurídicos y fácticos que son relevantes para la resolución del supuesto dado. No obstante, tanto dicha actividad analítica como la actividad sintética (que permite obtener una integración o extracto de la totalidad de los elementos previamente analizados) son capacidades intelectuales que, si bien han de ejercitarse en el desarrollo de la función judicial, son comunes a toda profesión de contenido intelectual (como la lectura comprensiva o la capacidad para desarrollar y estructurar correctamente un discurso, oral o escrito). Estas capacidades, por tanto, si bien son requisitos para el desarrollo de la actividad interpretativa, no la caracterizan específicamente. Los diferentes modelos de juez que hemos expuesto en el capítulo tercero exigirían el uso de estas capacidades intelectuales, tanto de análisis como de posterior síntesis, pero el producto-resultado de su interpretación y los términos de la misma, sin embargo, distarían mucho entre sí. De forma que este criterio no se refiere a una característica del modelo de interpretación, sino a una mera habilidad intelectual, presupuesto de toda actividad interpretativa, válida en profesiones ligadas a otros ámbitos, como la Medicina, la Arquitectura, ...
- b) *“Un dominio de los instrumentos necesarios para la identificación de la norma aplicable”*. No se detalla en el plan a qué instrumentos se refiere, por lo que no se puede deducir con exactitud el significado de esta expresión. Tampoco se detallan las dificultades o problemas que pueden suscitarse en la identificación de la norma, lo que dificulta aún más la concreción del sentido de estos términos.

-
- c) *“La resolución de los conflictos que se le sometan de conformidad con el sistema de fuentes”*. No se explicita el modo en que se pretende sean resueltos tales conflictos, más allá de que se fundamente en el sistema jurídico vigente, sin que tampoco se detalle el modo en que se concibe el sistema de fuentes citado. Esta directriz podría aludir a la problemática que se podría generar cuando se hubiere de aplicar a materias en las que estuviera presente el Derecho de la Unión Europea, al posible planteamiento de las cuestiones prejudiciales o de inconstitucionalidad o a las contradicciones que se pudieran producir entre normas que pudieran regular una misma materia, si bien estas deducciones no están expresamente referidas en el contenido del plan docente.
- d) *“El ensamblaje entre los conocimientos teóricos con la aplicación práctica de los mismos en la realidad jurisdiccional y la gestión de los conocimientos ya adquiridos en la fase de oposición teórica”* (punto 1.3.4 y punto 2.5). Es obvio que toda actividad interpretativa ha de lograr la aplicación final de un bloque o conjunto normativo a un supuesto dado. Así se expresa en el plan docente a través de ésta y otras expresiones similares. Pero, dado que no se explicitan los criterios o pautas a través de los cuales se pretende lograr el “ensamblaje” y la “gestión de los conocimientos”, no se pueden ni delimitar ni identificar. Por ello, desde los diferentes modelos de juez estudiados podríamos asumir esta consideración.
- e) *“Un dominio de las habilidades necesarias para la toma de decisiones prudenciales”*. No se expresan cuáles serían esas habilidades ni tampoco los objetivos de las mismas o los problemas o cuestiones que han de resolver, por lo que se desconoce a qué habilidades se alude en el plan docente. Por otra parte, tampoco se puede detallar el significado que, desde el plan, se otorga a los vocablos “decisiones prudenciales” (la que más se ajusta a la literalidad de la norma, la que considera de una forma más completa los precedentes y los principios vigentes en una determinada materia, la que pondera las consecuencias que la propia decisión puede provocar en los litigantes, ...).
- f) *“La identificación y resolución de los conflictos y los problemas jurídicos presentados”*. No se alude en el plan a qué problemas se refiere (contradicciones entre normas, ambigüedad de las mismas, concreción de la figura jurídica presente

en el supuesto dado, posible discrecionalidad del intérprete,...) ni tampoco, obviamente, al modo en que se propone desde la Escuela Judicial su resolución. Podría referirse este inciso a lo que en el presente trabajo hemos denominado “interpretación del Derecho”, es decir, a la adecuada calificación jurídica de los hechos enjuiciados, en orden a precisar tanto la figura jurídica o institución que está presente como la normativa reguladora de la misma. En todo caso, nada específico sobre la actividad interpretativa se propone desde este postulado.

- g) *“La adquisición de habilidades y competencias de orden procesal (dirección y gestión del proceso)”*. Tampoco esta pauta permite delimitar criterios para la concreción de la actividad interpretativa que se propone en la docencia de los futuros jueces. Las habilidades y competencias de dirección y gestión del proceso no añadirían factores novedosos a la actividad interpretativa en sí misma considerada, salvo las especificidades propias de los actos orales que se celebran durante la sustanciación de los procedimientos, en los que la actividad de interpretación se desarrolla oralmente, en un acto público y, con relativa frecuencia, con un menor tiempo para la reflexión y estudio del problema jurídico que se ha de resolver.
- h) *“La obtención de una alta preparación científica”*. No se identifica esta preparación con parámetros objetivos para poder medirla o ponderarla. No se aportan criterios para concretar desde una perspectiva jurídica qué grado de preparación y qué cuestiones se han de afrontar para lograr este objetivo.
- i) *“Completar los conocimientos adquiridos en la formación académica anterior y en las pruebas de acceso desde una perspectiva práctica y enmarcada en el proceso”*. Se ha de suponer que los conocimientos previos serían los adquiridos durante la previa licenciatura de Derecho y durante el período de preparación de la oposición libre. No obstante, no se particulariza con qué otros conocimientos se pretende completar la formación precedente.
- j) *“Asimilar la transmisión de la experiencia del buen hacer profesional”*. Este punto se caracteriza, al igual que otros referidos con anterioridad, por su ambigüedad, dado que no se incluyen criterios e indicadores con los que clarificar

el contenido de la expresión “buen hacer profesional”, ni siquiera si el mismo se refiere a cuestiones actitudinales o éticas o bien a otras más estrictamente científico-jurídicas. En todo caso, y si aludiera a la faceta interpretativa, esta expresión no aportaría nada concreto para conceptuarla.

La indeterminación o ausencia de criterios delimitadores nítidos sobre la interpretación jurídica es, por tanto, la principal característica del contenido del plan docente.

4.2.4.2. Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea.

Hay que destacar las peculiaridades existentes en la programación del Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea en este plan docente (2010-2012), algunas de las cuales afectan al modo en que se ha de desarrollar y concebir la actividad interpretativa de los jueces en prácticas. Así, en el programa del Área de Derecho Constitucional se detallan una serie de criterios y objetivos que introducen unas relevantes aportaciones en la concepción de la actividad interpretativa de los jueces en prácticas que no se hallan explicitadas en los programas de las Áreas de Instancia ni de Instrucción. Así, en los objetivos se detalla que se pretende que: “el juez en prácticas se familiarice con los principios básicos con arreglo a los cuales hay que interpretar y hacer efectivos los preceptos constitucionales y la normativa de la Unión Europea” (punto 3.1. primero); que sepa “analizar y extraer correctamente la doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” (punto 3.2.tercero); y que domine las “técnicas de aplicación del Derecho vinculadas al principio de proporcionalidad” (punto 3.1.cuarto).

En el método y materiales docentes se concreta que “se someterán esos criterios (los seguidos por el tribunal para resolver los problemas jurídicos que plantea el caso analizado) a juicio crítico, a la vista de otras posibles interpretaciones de las normas jurídicas relevantes.”

En el módulo primero (punto 3.3, tercer apartado) se especifican unos principios (el de efecto directo, primacía, equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión Europea) a través de los cuales se pretende clarificar la norma aplicable a un supuesto concreto ante la diversidad de fuentes del Derecho existentes en la actualidad, tras la

incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del Derecho propio de la Unión Europea. Ello también se reitera en el módulo II, apartado tercero, en el que se menciona el problema de las contradicciones entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia europea en materia de derechos. Tanto en el contenido este módulo como en los posteriores se incluye el estudio de concretos derechos fundamentales.

Los criterios, anteriormente reproducidos, contenidos en el programa de esta Área, ostentan relevancia en dos ámbitos específicos: la “interpretación-proceso” y la “interpretación-producto”.

Respecto de la “interpretación-proceso”, es destacable la importancia que se concede a determinados principios y a la doctrina jurisprudencial que reconoce los mismos para la delimitación de la norma jurídica aplicable, en los supuestos de concurrencia de distintas normas, estatales y comunitarias en la regulación de una materia concreta, procurándose, tanto la selección y sistematización de la normativa aplicable (Derecho positivo) como la adecuada interrelación de la misma con la jurisprudencia.

En segundo lugar, del contenido del programa se constata la relevancia que para la correcta interpretación de la ley tienen los preceptos constitucionales y la interpretación que sobre los mismos se contiene en la jurisprudencia constitucional y comunitaria, en especial en lo referente a la tutela de los derechos fundamentales. También es destacable la importancia concedida a los principios en la actividad interpretativa. Como refiere Prieto Sanchís¹⁴, con las nuevas constituciones (principialistas) las relaciones entre legislación y jurisdicción ya no pueden presentarse de manera estrictamente jerárquica, sino de un modo más complejo que tampoco puede calificarse de simétrico: las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último. La jurisprudencia ya no bebe en las fuentes constitucionales a través de la ley, sino que lo hace directamente, sobre todo en aquellas fuentes que incorporan los principios sustantivos y derechos fundamentales.

En última instancia, los criterios aludidos con anterioridad implican, asimismo, la necesidad de que en los procesos de interpretación de las normas se valoren y ponderen

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, L. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 23. 2000. Pág. 174.

los derechos fundamentales de los litigantes que pudieran estar afectados por la controversia que se dilucida en el procedimiento judicial.

Respecto de la interpretación producto se resalta en el programa, como ya hemos aludido, la necesidad de que en la decisión final del juez se respeten los derechos fundamentales que pudieran estar afectados en el litigio concreto, en los términos en los que aquellos están definidos constitucional y jurisprudencialmente.

Asimismo, del hecho de que se admita en las sesiones docentes una valoración crítica de los criterios seguidos por el tribunal para resolver los problemas jurídicos que se plantean en el caso analizado se deduce la admisibilidad de soluciones diferentes para la resolución de aquellos, es decir, un margen de discrecionalidad para delimitar la solución que, finalmente, ha de adoptar el juzgador.

4.2.5. Argumentación.

4.2.5.1. Directrices generales del plan docente.

En los primeros capítulos del plan docente de la Escuela Judicial se alude también a la faceta argumentativa en la formación de los jueces en prácticas, aunque de una forma muy sucinta. Así, se menciona en aquél que se pretende que los jueces ofrezcan una motivación clara y precisa de las resoluciones (punto 2.4) y que ejerciten la motivación de las resoluciones, según se reitera en los objetivos básicos del Plan Docente (apartado 3.2 del mismo).

En los temas que integran el curso relativo a la valoración y motivación de la prueba se alude al concepto y funciones de la motivación, a la motivación fáctica y a la justificación de las decisiones judiciales en su vertiente fáctica. Es decir, se analiza la motivación, pero más referida a las cuestiones relativas a la valoración de la prueba que a la argumentación en un sentido más general, comprensiva también del ámbito jurídico.

No existe una delimitación clara del concepto “motivación”. Motivar puede implicar no sólo la explicitación de las razones por las cuales el juez decide adoptar una determinada decisión, sino también su justificación, es decir, la necesidad de mostrar aquélla como admisible y coherente en el seno del propio orden jurídico o, más ampliamente, del Derecho. No obstante, el término “motivación” no sería el más

adecuado para aludir a la justificación de una sentencia, puesto que los motivos no son, necesariamente, razones que justifiquen la decisión, en el sentido anteriormente descrito. Los motivos, incluso, pueden ser la causa psicológica por los cuales una acción tiene lugar, lo que nos remitiría a la distinción entre contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación, referida en la introducción del capítulo cuarto de la tesis.

En suma, no se deduce del contenido del plan docente modelo argumentativo o líneas que delimiten criterios en este ámbito.

4.2.5.2. Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea.

Hay que reseñar una serie de peculiaridades en el ámbito de la argumentación propias del capítulo relativo al programa del Área de Derecho Constitucional. Se analizarán distinguiendo, en los términos desarrollados de forma precedente con otras fases del proceso de selección de los jueces, entre la concepción material y la concepción formal de la argumentación

Desde la perspectiva de la argumentación material, se incluyen en el capítulo del programa reservado a esta Área una serie de principios, los cuales no son aludidos con anterioridad en los criterios generales del plan docente ni tampoco entre las Áreas de Instancia o de Instrucción¹⁵. Estos principios se configuran como instrumentos para la adecuada interpretación de los preceptos constitucionales -especialmente los relativos a los derechos fundamentales- y de las disposiciones procedentes de las instituciones de la Unión Europea, así como para la resolución de conflictos normativos que pudieran suscitarse entre la normativa nacional y la propia de la Unión Europea.

Por ello, esta Área introduce una pluralidad de razones (fuentes) jurídicas, pues se alude a las normas, en sentido amplio (apartado 3.3.1, punto primero), y a las leyes (apartado 3.3.1, punto uno y tres, apartado 3.3.2, punto cuarto), así como a la Constitución, la normativa comunitaria (directivas, decisión marco, ...), y a los principios anteriormente expresados, reconocidos y desarrollados en las amplias referencias jurisprudenciales incluidas en el programa.

¹⁵ Se alude a los principios que rigen la función judicial y los relativos al estatuto de los jueces, pero no a principios como fuentes del Derecho en sentido estricto (punto 2.3. de los objetivos generales de la planificación docente).

Por otra parte, desde la concepción formal de la argumentación, hay que destacar que, en el ámbito de los derechos fundamentales, los supuestos planteados en el elenco de jurisprudencia seleccionado en el programa de esta materia imponen una ponderación del valor y eficacia que en cada litigio concreto asumen los derechos fundamentales implicados (por ejemplo, el conflicto entre libertad de asociación y derecho a no ser discriminado, apartado 3.3.5, punto tercero, del programa de esta materia).

4.3. El período de docencia en el plan docente de la Escuela Judicial 2011-2013.

En el estudio del plan relativo al bienio 2011-2013 seguiremos una estructura similar a la delimitada respecto del análisis efectuado con anterioridad para el plan 2010-2012, con la única salvedad de que en este caso no se incluirán apartados específicos relativos al Área de Derecho Constitucional, al no apreciarse en este bienio 2011-2013 las singularidades advertidas en esta disciplina en el anterior plan docente. Asimismo, incluiremos un apartado específico para examinar el perfil de juez que se deduce del cuadro de competencias profesionales que contiene.

4.3.1. Temario.

El Área de Instrucción y Penal¹⁶ mantiene un temario similar al del año anterior, si bien con la diferencia de que sus contenidos no son estudiados linealmente y en bloques aislados, sino de una manera más transversal, de forma que en cada módulo de los siete que comprenden el temario se integran cuestiones procesales correspondientes a diferentes procedimientos.

Concretamente, en el de Derecho Procesal se incluye el estudio de: la querrela y primeras decisiones instructoras, diferentes técnicas de investigación criminal, diligencias de reconocimiento en rueda, inspección ocular y levantamiento de cadáver, prueba pericial, diligencias y medidas cautelares que afectan a los derechos fundamentales (detención y su prórroga y las requisitorias, diligencia de entrada y registro, la entrega vigilada, la intervención de las comunicaciones, la prisión provisional, intervenciones corporales), auto de cuantía máxima, cuestiones de competencia, declaración de menores

¹⁶ Según se deduce del contenido del plan docente de este bienio las disciplinas que comprenden la docencia de la Escuela Judicial pasan a denominarse: Área de Instrucción y Penal; Área de Derecho Civil; y Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea.

y víctimas, obtención de muestras para la práctica del análisis del ADN, juicio de faltas, valoración de la prueba, sentencia penal, la ejecución de la sentencia (ejecución de penas de multa, localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad), diligencias previas del procedimiento abreviado (auto de transformación en procedimiento abreviado, apertura de juicio oral y crisis procesales), juicios rápidos, pieza de responsabilidad civil, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, el proceso ordinario (auto de procesamiento).

Se constata, asimismo, en este nuevo plan una preocupación manifiesta por el estudio de las diligencias y medidas cautelares que se practican en la fase de instrucción del procedimiento y que suponen una restricción de los derechos fundamentales.

Por otra parte, se introduce como novedad la inclusión en el temario de esta Área de tipos delictivos concretos o materias de derecho sustantivo cuyo estudio se pretende compaginar con las cuestiones procesales que se prevén en cada uno de los bloques en los que se estructura el contenido de la disciplina. Estos tipos delictivos se eligen, y así se reconoce expresamente en el Plan, por ser aquellos que con más frecuencia se producen en la práctica en los Juzgados de Instrucción. Así, se incluye en el plan el estudio de: la imprudencia penal (distinción entre ilícito penal y civil), la prescripción, los delitos contra el patrimonio (robos, hurto, estafa y apropiación indebida), el baremo indemnizatorio, los delitos contra la seguridad vial, los delitos contra la salud pública y los delitos contra la vida (asesinato, homicidio y lesiones y los delitos contra la libertad sexual).

En el ámbito del Área de Derecho Civil se pretende elaborar un temario que revista utilidad para los jueces en sus primeros destinos y que permita integrar materias, bien no estudiadas con suficiente amplitud en la fase del proceso selectivo, bien afectadas por recientes reformas procesales. El contenido de la disciplina es similar al del plan precedente, tanto desde la perspectiva del Derecho Procesal como del Derecho sustantivo, detallándose en el último de forma más pormenorizada el contenido de cada uno de los bloques temáticos. Podría destacarse en este plan una mayor atención al estudio de las costas procesales, existiendo en el resto del temario una equivalencia con el anterior plan docente.

El Área de Derecho Constitucional y de Derecho Europeo mantiene, en esencia, el contenido que ya se recoge en el anterior plan docente. No obstante, se pueden apreciar algunas disparidades entre el nuevo plan y el precedente. Así, en el actual no se expresan de forma específica los objetivos en la docencia de esta Área, que antes sí se especificaban (entre los que se incluían los principios en torno a los cuales giraba el estudio de una parte importante de la materia) y, por otra parte, se modifica sustancialmente la terminología empleada, dado que para designar a las resoluciones judiciales que se analizan en las sesiones docentes, en lugar de referirse a las mismas como “jurisprudencia” o “doctrina jurisprudencial” se alude ahora al término “casos”. Por otra parte, se elude toda referencia al término “principio” (salvo en la mención referida al principio de no discriminación, módulo 3, sesión 2).

Una vez más, se incluyen amplios apartados en las distintas materias a la metodología que se debe emplear en la docencia de cada una de ellas, si bien ahora se intercala la exposición de ésta en la programación de cada una de las áreas en las que se divide la docencia.

4.3.2. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

Este plan docente reitera en sus directrices generales las alusiones que el precedente contenía sobre este punto, reproduciendo el contenido que el anterior incluía en los capítulos relativos a los objetivos de cada una de las fases del curso teórico-práctico, los presupuestos metodológicos, los ejes de la innovación de la planificación docente y los objetivos generales de la planificación docente.

Se confirman, así, las referencias a la ley y a la Constitución. Así, el nuevo plan refiere en su apartado I, titulado “punto de partida”, que la descripción de las competencias profesionales necesarias para un buen desarrollo del servicio público de la Justicia deben partir, para los jueces, de las previsiones constitucionales, entre otras, del sometimiento del juez a la ley (artículo 117 de la Constitución Española), lo que se reproduce también en los objetivos generales del plan (capítulo V), en el sentido de que “Se pretende una Judicatura ... sujeta al principio de legalidad”, que resuelva los conflictos “de conformidad con el sistema de fuentes”, debiéndose observar “...la estricta observancia de los principios de legalidad...”.

Se admite, asimismo, la complejidad del actual sistema normativo tanto en las directrices del plan docente ("...en el complejo sistema de fuentes legales y el entramado de normas procedentes de ámbitos diversos, de derecho interno e internacionales...", capítulo IV, ejes metodológicos del plan docente") como en el temario del Área de Derecho Civil ("La abundante normativa europea, estatal y autonómica de defensa de los consumidores plantea dificultades de identificación de las leyes aplicables..." (pág. 29 del programa). También en la alusión al curso sobre Cooperación internacional civil y penal se mencionan, desde una perspectiva internacional, los "conflictos de leyes". No obstante, se omiten las referencias que en el programa de Derecho Constitucional se incluían en el anterior plan a las distintas normas procedentes del Derecho Comunitario (directivas o decisiones-marco), sólo aludidas ahora en el curso sobre cooperación internacional civil y penal¹⁷.

La valoración que se otorga al dominio del Derecho positivo que se exige en las fases previas del proceso selectivo se acredita en determinadas expresiones que se introducen en el contenido del plan docente y que ya se localizaban también en el precedente. Además, como también se contenía en el anterior plan, se determina que la finalidad del mismo no es tanto la de "incrementar los conocimientos materiales de los jueces en prácticas, sino la del aprendizaje de la gestión de los conocimientos ya adquiridos en la fase de la oposición teórica" (pág. 9), sin precisión alguna sobre lo que consiste dicha gestión. Esta idea se reitera en los objetivos de la fase presencial, entre los que se menciona la intención de "Completar, desde una perspectiva práctica y enmarcada en el proceso, los conocimientos adquiridos en la formación académica anterior y en las pruebas de acceso pertinentes" (capítulo VI, objetivos de la fase presencial). En el capítulo XIV, relativo a "la evaluación de la adquisición de las competencias", también se expresa que "la actividad de la Escuela Judicial no debe estar focalizada en distinguir quién merece una nota excelente o quién no merece aprobar, puesto que una primera aproximación a esta clasificación y ordenación de la capacidad viene dada por la fase de oposición."

¹⁷ Se menciona en este ámbito "la nueva realidad que se configura con los Reglamentos de la Unión Europea."

Como en el anterior plan, no existen referencias a la jurisprudencia en las directrices generales del plan ni en el temario de las Áreas de Derecho Civil ni en el del Área de Instrucción y Penal, no siendo ni siquiera mencionada como tal en el desarrollo del programa. Incluso, se omiten las alusiones a la jurisprudencia que en el anterior plan (del bienio 2011-2012) se incluían en el programa de Derecho Constitucional¹⁸. Sólo se pueden localizar menciones a la jurisprudencia, dentro de la relación de las actividades que el plan reseña que han de desempeñar los alumnos en la Escuela Judicial. Así, el plan se refiere a "... la consulta habitual de boletines oficiales, de las bases de datos de legislación y jurisprudencia..." (pág. 15).

Más relevante es la alusión referida en la página 35 del plan, dentro del capítulo XIV, relativa a "la evaluación de la adquisición de las competencias", donde se menciona, dentro de las competencias básicas de los jueces en prácticas, "la búsqueda de fuentes legales o jurisprudenciales". Referencia que se reitera en la página 38 del plan, dentro de las "competencias técnicas e instrumentales" incluidas en el cuadro general de competencias profesionales, donde se cita la "Búsqueda de fuentes legales y jurisprudenciales nacionales, autonómicas e internacionales". También en este cuadro de competencias, en este caso dentro de las analíticas, se menciona a la doctrina científica como otra de las fuentes que debe ser considerada por los jueces. Así, se expresa como una de las competencias a desarrollar por los jueces en prácticas la "capacidad de comprensión e interrelación de textos jurídicos, de relatos de hechos contradictorios y de *comentarios doctrinales*, identificando los problemas y el objeto de la discusión." También se cita, dentro del mismo tipo de competencias, la "adquisición de técnicas legales y *científicas* de valoración de las pruebas", sin identificar dichas técnicas.

El término "principio" como fuente del Derecho sólo está aludido en el módulo 4 del Área de Derecho Civil, donde se precisa que el seminario sobre el Derecho de contratos "se centrará en los Principios del Derecho contractual europeo"¹⁹. En este nuevo

¹⁸ De hecho, sólo se mencionan en una sola ocasión los términos "sentencia" y "auto".

¹⁹ Se alude también en el plan docente a los principios con ocasión del perfil deontológico y al estatuto del juez, pero no como fuente de Derecho con virtualidad en el ámbito de la interpretación o la argumentación (apartado tercero de la página 3 del plan, "I. punto de partida"; los principios constitucionales mencionados en las competencias personales de los jueces, página 6; principios que rigen la función judicial, aludidos en la página 9 del plan, tercer párrafo, dentro de los "objetivos generales de la planificación docente";

plan, por tanto, no se introduce ninguna referencia a los principios dentro del temario del Área de Derecho Constitucional (se alude al efecto directo o primacía del Derecho Europeo, pero sin mencionar el vocablo "principio"). Tampoco se contienen menciones que en el anterior plan se determinaban a los principios en el ámbito procesal, concretamente, dentro del apartado relativo a las simulaciones de los juicios de faltas²⁰.

El plan contiene alusiones a la Constitución, fundamentalmente en lo relativo al perfil profesional, deontológico y competencial del juez²¹. Además, en la página 9 del plan, en el capítulo V, "objetivos generales de la planificación docente", se reiteran las referencias que se contenían en el anterior plan, relativas al modelo de juez constitucional y a los valores constitucionales, ya aludidas anteriormente. Se insiste, así, en el denominado "juez constitucional" como el modelo de juez que se propone en la docencia de la Escuela Judicial, en la página 8 del programa (capítulo IV, "ejes metodológicos de la planificación docente"), aunque no se caracteriza al mismo de una forma clara y precisa. Solo se menciona, como se hacía en el anterior plan, que este modelo de juez es el que "sirve a los ciudadanos en un estado social y democrático de derecho", característica que podría asignarse a cualquier otro funcionario público (profesor, médico, policía,...).

La mención a los derechos fundamentales es similar a la que se establece el anterior plan. Se reitera lo que ya se exponía, dentro de los objetivos generales del plan docente (pág. 9), en el sentido de que "Se considera fundamental ... el papel de la Judicatura como garante de los derechos fundamentales". La tutela de los derechos fundamentales también se constata en el nuevo plan en el temario del Área de Instrucción, pues en el punto tercero de las líneas que se destacan como modificaciones respecto al

principios deontológicos referidos en el primer apartado de la página 16, dentro del "Programa común a las diferentes áreas").

²⁰ En el nuevo plan sólo se indica en la página 24, dentro del programa del Área de Instrucción y Penal, que "como tareas complementarias se realizarán sesiones de simulación de juicios de faltas para la adquisición de habilidades en la dirección de actos orales."

²¹ Así, en la página 4 se concreta, en quinto párrafo, que "Las competencias que el juez precisa tienen que buscarse, en primer lugar, en el nivel normativo... en la Constitución y en la ley..., en los Reglamentos del Consejo General del Poder Judicial..., así como en otros instrumentos nacionales e internacionales del *soft law*...", mencionando a continuación distintas referencias internacionales, reiteradas en la página 7 del programa, cuarto párrafo. El apartado relativo a las competencias personales, página 6 del programa, determina que "(el juez) debe ser capaz de actuar con imparcialidad y con coherencia a los principios y valores constitucionales...".

plan anterior, se alude a "los contenidos procesales que pueden ir desde el tipo de procedimiento aplicable a la restricción de un derecho fundamental concreto..."²², aunque sin establecer ningún tipo de valoración o criterio sobre la naturaleza, tutela y efectividad de los derechos fundamentales. En el temario de Derecho Constitucional, como en el anterior, se incluye una enumeración de los derechos fundamentales que son objeto de estudio.

Por tanto, si bien existen alusiones a la Norma Constitucional y a sus valores o a la normativa internacional su mención se justifica más para vincularla con el estatuto y el perfil profesional del juez que para aludir al valor normativo que la misma ostenta en el sistema jurídico y a la influencia que la misma puede ostentar en la actividad interpretativa y argumentativa²³.

4.3.3. Derecho y Moral.

En este ámbito se pueden reproducir las constataciones que ya se realizaron respecto del plan precedente. Incluso, el cuadro de competencias que ahora incluye en el plan docente reitera las ideas ya apuntadas respecto del anterior.

El perfil del juez en su dimensión deontológica viene desarrollado en el nuevo cuadro de competencias que se contempla en el plan docente. Así, dentro de las competencias técnicas e instrumentales (pág. 38) se menciona la "identificación de los límites del poder del juez que se derivan de los principios constitucionales y de las garantías de los derechos fundamentales." Dentro de las competencias deontológicas (pág.

²² Referencia que se reitera en otros apartados de esta Área para referirse a otras diligencias o medidas cautelares que afectan a los derechos fundamentales. Se menciona en el último apartado de la página 23: "Sobre la restricción de los derechos fundamentales, se estudiará la posibilidad de detener a citados incomparecidos, su prórroga así como los problemas que planean las requisitorias". Dentro del módulo II, página 24, se indica que "Dentro del ámbito de la restricción de derechos fundamentales, se tratará de la de diligencia de entrada y registro". En el módulo IV se especifica "dentro de la injerencia o restricción de los derechos fundamentales se estudiará la prisión provisional".

²³ Así, en la página 4 se concreta, en el quinto párrafo, que "Las competencias que el juez precisa tienen que buscarse, en primer lugar, en el nivel normativo... en la Constitución y en la ley..., en los Reglamentos del Consejo General del Poder Judicial..., así como en otros instrumentos nacionales e internacionales del *soft law*...", mencionando, a continuación, distintas referencias internacionales, reiteradas en la página 7 del programa, cuarto párrafo. El apartado relativo a las competencias personales, página 6 del programa, determina que "(el juez) debe ser capaz de actuar con imparcialidad y con coherencia a los principios y valores constitucionales...". En el capítulo IV del plan docente (ejes metodológicos del plan docente) se concreta que "El modelo de juez constitucional, que sirve a los ciudadanos en un estado social y democrático de derecho, demanda una alta preparación científica...".

39) se refiere el plan a las siguientes: "Saber adaptar normas de comportamiento ético en diferentes circunstancias", "aprender a establecer límites convenientes en el comportamiento personal del juez con trascendencia social", "profunda comprensión de los valores de la independencia, la imparcialidad y la integridad del juez, como derechos de los ciudadanos, "adquisición de la conciencia del sentido de la responsabilidad social de la función judicial." Otros aspectos relativos a la dimensión personal del juez vienen detallados en las denominadas competencias relacionales (pág. 40) y en las competencias posibilitadoras de la toma de decisiones correctas (pág. 41)

Por otra parte, en el plan se incluye, como uno de los aspectos relevantes para la adopción de decisiones adecuadas, la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así, se mencionan entre las competencias que los jueces en prácticas han de dominar, la "capacidad de representación de las consecuencias de las decisiones en la vida de las personas" y "la capacidad de representación de las consecuencias de las decisiones procesales en el enjuiciamiento del litigio".

4.3.4. Interpretación jurídica.

En el campo de la interpretación se han de reproducir las constataciones que, respecto al ámbito interpretativo, se hicieron respecto del plan precedente, dado que en los criterios generales del plan docente se incluyen las alusiones que con anterioridad mencionamos²⁴. Como novedad, puede mencionarse la expresión contemplada en el inicio de la exposición de la programación del Área de Derecho Civil (pág. 28 del plan), que dispone que: "El trabajo del Área se orienta a asegurar que los alumnos movilicen los conocimientos adquiridos en la etapa de formación previa ...", locución tan ambigua como las que se contienen en el plan anterior. En el programa de este Área también se alude a la dificultad que se suscita en ocasiones para localizar la normativa aplicable en el ámbito del Derecho de los Consumidores y Usuarios, al referir: "La abundante normativa europea, estatal y autonómica de defensa de los consumidores plantea dificultades de identificación de las leyes aplicables y también de encaje de éstas en el marco de los remedios comunes."

²⁴ Las únicas distinciones se centran en que ahora no se incluyen las siguientes expresiones: "El ensamblaje entre los conocimientos teóricos con la aplicación práctica de los mismos en la realidad jurisdiccional" y la relativa a la "transmisión de la experiencia del buen hacer profesional". Las restantes referencias se mencionan en los mismos términos en el último plan docente.

En el ámbito del Derecho Constitucional no se incluyen referencias relativas a objetivos, criterios o principios en torno a los cuales se ha de desarrollar la interpretación. Del contenido del programa se deduce, en todo caso, que en las sesiones docentes se pretenden analizar supuestos prácticos en los que se ha de dilucidar cuál, de entre distintos derechos fundamentales afectados en el caso concreto, ha de prevalecer.

En el capítulo XIV, relativo a la "evaluación de la adquisición de las competencias" (pág. 35), también se alude al "análisis de los hechos" y a la "capacidad de síntesis", que aluden a habilidades intelectuales generales que se han de desarrollar en la actividad interpretativa y argumentativa, pero sin caracterizarlas. También se menciona la "comprensión de los conflictos jurídicos", sin que se pueda tampoco concretar el significado y alcance de estos términos.

Por otra parte, en el cuadro de competencias incluido en el nuevo plan se enumeran un conjunto de competencias, algunas de las cuales afectan al desarrollo de la actividad interpretativa de los jueces. Así, se refiere el plan a las siguientes competencias de los jueces, que pasamos a analizar²⁵:

- a) *Búsqueda de fuentes legales y jurisprudenciales nacionales, autonómicas e internacionales*: Esta expresión hace referencia a la necesidad de que el juez localice la normativa y la jurisprudencia aplicable a un determinado asunto, operación necesaria en todo proceso de interpretación, con independencia del modo en que se conciba el mismo, si bien implica una superación de los postulados de la Teoría de la Exégesis, en la medida en que ésta no admitía la jurisprudencia como razón jurídica para las resoluciones judiciales.
- b) *Capacidad de comprensión e interrelación de textos jurídicos, de relatos de hechos contradictorios y de comentarios doctrinales, identificando los problemas y el objeto de la discusión*: esta expresión alude a distintas actividades. En primer lugar, se refiere al correcto entendimiento de las cuestiones fácticas y de las fuentes jurídicas (incluyendo a los comentarios científicos) consultadas por el

²⁵ Algunas de estas competencias se reiteran en la enumeración que de las mismas se hace en las páginas 5 y 6 del plan, donde se recoge una síntesis de las competencias que se desarrollan en el cuadro final contenido en las páginas 37 a 41 del plan docente, mencionando entre las competencias técnicas la capacidad para "demostrar un conocimiento sólido de los conceptos, herramientas o métodos técnicos de su profesión", sin concretar más el alcance o el significado de estas expresiones.

intérprete, cuestión que exige, aparte de una cierta madurez intelectual, el dominio del vocabulario y el lenguaje jurídico²⁶. En segundo lugar, se alude a la adecuada articulación entre las distintas fuentes jurídicas consultadas, se entiende, para la adecuada localización de las que serían aplicables al caso concreto (se encuadraría esta actividad en lo que hemos denominado “interpretación del Derecho”). En última instancia, abarcaría la concreción de la figura jurídica que estaría presente en el supuesto concreto, y la adecuada delimitación de las posiciones de las partes en relación con la misma (alegaciones jurídicas y hechos alegados y, dentro de los mismos, los controvertidos).

- c) *Subsumir los hechos en la tipología normativa y extraer las consecuencias lógicas de una forma coherente con los mandatos legales:* Esta actividad sería aplicable a los supuestos en los que la norma considerada imponga un esquema argumentativo subsuntivo.
- d) *Adquisición de técnicas legales y científicas de valoración de las pruebas:* Se podría referir esta competencia a la interpretación de las normas sobre valoración de la prueba, si bien no se precisa el significado exacto de la expresión “técnica legal y científica”.
- e) *Adquisición de las técnicas para la valoración de daños y perjuicios, fijar pensiones e indemnizaciones:* se considera que esta expresión se referiría a la adecuada interpretación de las fuentes jurídicas en virtud de las cuales se determina el importe de indemnizaciones y de las pensiones, así como a la valoración de la prueba en estos mismos supuestos.
- f) *Dominio de los procedimientos judiciales y del sistema de resolución de las incidencias que pueden plantearse:* se entiende que alude esta competencia al conocimiento de la legislación reguladora de las distintas fases e hitos procesales y a la adecuada interpretación de tal normativa, si bien tampoco se puede concretar el contenido exacto que los autores del plan docente otorgan a esta actividad, que ahora se designa como “sistema de resolución de incidencias”.

²⁶ Nótese que no se refiere esta expresión a los problemas que pueden suscitarse por la ambigüedad de una determinada norma en orden a su aplicación al caso concreto, sino al mero entendimiento de su significado.

- g) *Capacidad de planificar una investigación en el proceso penal y ordenar las diligencias a realizar*: esta competencia, que alude a la admisión de las diligencias de prueba (en este caso de instrucción) que exige un proceso penal, conlleva un particular examen de los hechos enjuiciados, de aquellos que –dentro de estos- son controvertidos, un estudio de los distintos tipos penales que pueden concurrir (y de la interpretación que de los mismos ha desarrollado la jurisprudencia), el dominio de la normativa procesal reguladora de la fase de instrucción (fases del proceso, trámites, preclusión de trámites, recursos,...),... Desde este indicador, no obstante, no se establecen criterios para configurar o caracterizar estas actividades²⁷.
- h) *Capacidad de representación de las consecuencias de las decisiones en la vida de las personas y la capacidad de representación de las consecuencias de las decisiones procesales en el enjuiciamiento del litigio*: estas expresiones permiten deducir que uno de los factores que, según el plan docente, deben ser valorados para adoptar la decisión final por la autoridad judicial es el de los efectos que tal decisión provoca en las personas implicadas en el litigio concreto (en las resoluciones de fondo) o en la propia ordenación del procedimiento (se entiende que, fundamentalmente, en las resoluciones interlocutorias).

En suma, se describen actividades propias del proceso de interpretación, pero sin clarificar criterios nítidos en base a los cuales se entiende que deben ser desarrolladas en el proceso de formación.

4.3.5. Argumentación.

En el ámbito de la argumentación se pueden realizar las mismas constataciones que ya se efectuaron respecto del anterior plan, puesto que en este ámbito se reproducen similares referencias.

Idéntica apreciación se puede efectuar respecto de los criterios relativos al Área de Derecho Constitucional, tanto desde la perspectiva de la argumentación formal como

²⁷ La ordenación de diligencias en un proceso penal sería una actividad de admisión de prueba, similar a la existente en un proceso civil desde la perspectiva de la interpretación jurídica, si bien con la diferencia de que en la fase de instrucción de los procesos penales el juez no sólo admite la prueba, sino que también la propone, junto a las partes.

material, dado que se contienen en el programa actual los principios (que ahora no se designan como tales) en torno a los cuales se pretende la estructuración entre el Derecho de la Unión Europea y el nacional, si bien es destacable el hecho de que no se incluyan ahora en el programa de la materia los principios relativos a la interpretación de los preceptos constitucionales o europeos que reconocen derechos fundamentales.

También se han de mencionar las competencias profesionales incluidas en el cuadro detallado en las páginas 36 a 41 del plan docente y que están vinculadas con la actividad argumentativa, como son: la “Transmisión de los factores que se han tenido en cuenta para la decisión (iter argumentativo)” y la “Capacidad de motivar las resoluciones adecuadamente”, capacidades que no añaden aspectos novedosos a los que ya se contenían en el plan precedente.

4.3.6. El perfil de juez que se propone en el plan docente.

Una de las cuestiones más destacables del plan docente 2011-2012 es la inclusión en su contenido de la definición y descripción de las competencias profesionales que los jueces han de dominar en sus primeros destinos, así como los presupuestos en torno a los cuales se ha elaborado este perfil profesional del juez. La concreción de estas competencias, según dispone el plan docente, debe partir de las previsiones constitucionales (página 3, 2º párrafo), del marco normativo, internacional y nacional²⁸ relativo a los jueces, tanto a nivel orgánico como a nivel sustantivo o procesal, así como de las pautas que fije en cada momento el órgano de gobierno del Poder Judicial (página 4, 5º párrafo).

No obstante, con posterioridad, el propio plan concreta que, en realidad, no se considera conveniente partir, para la elaboración del perfil profesional del juez, del marco normativo ya aludido, sino que el mismo debe inducirse de las necesidades sentidas por la sociedad y los profesionales del Derecho sobre la actuación del juez, sin perjuicio de que después se haya de verificar que se adecúa al marco normativo concreto.

²⁸ Se menciona expresamente, además de la Constitución, a la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Civil y Criminal, los Reglamentos del Consejo General del Poder Judicial, así como otros instrumentos nacionales (Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia) o internacionales (Código Iberoamericano de Ética Judicial, la Carta del Juez Europeo del Consejo de Europa, la Recomendación 94 (12) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la independencia, la eficacia y el papel de los jueces y las Opiniones del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos).

En todo caso, se determina en el plan que el marco normativo que delimita el perfil del juez define “un marco general interpretable sobre el que convergen distintas posiciones ideológicas, propias de una sociedad plural, dando así lugar a distintos modelos de juez”.

Por otra parte, el plan docente (pág. 8) alude al modelo de “juez constitucional”, en idénticos términos que en el plan del año anterior, estableciéndose que este modelo de juez es el que “sirve a los ciudadanos de un Estado Social y Democrático de Derecho”.

Las competencias que, según el plan docente, han de dominar los jueces que se incorporan a la Carrera Judicial, se enumeran en sus páginas 37 a 41 del plan docente y están definidas en su página 5. Se dividen en los siguientes grupos: competencias relacionales (referidas a la gestión del conflicto, la capacidad de escuchar y de empatía); las competencias funcionales (concernientes a la capacidad de gestionar el propio trabajo y el de sus colaboradores); las competencias analíticas (que vienen constituidas por aquellas capacidades intelectuales necesarias para desarrollar con éxito el trabajo del juez, es decir, el razonamiento analítico y sintético); las capacidades personales o deontológicas (cualidades personales indispensables para la actuación como juez, como la integridad, comprensión, integración social,...); las capacidades técnicas (que se definen como la capacidad de demostrar un conocimiento sólido de los conceptos, herramientas o métodos técnicos de su profesión)²⁹. En el cuadro contemplado en la página 41 también se aluden a las competencias posibilitadoras de la toma de decisiones correctas, entre las que se mencionan la representación de las consecuencias de las propias decisiones o las relativas a la adecuada motivación de las resoluciones.

4.4. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez.

4.4.1. Plan docente 2010-2012.

La selección del temario incluido en el programa docente de la Escuela Judicial abarca la generalidad de las materias civiles y penales, fundamentalmente en el ámbito procesal. La materia dedicada al Derecho Constitucional y de la Unión Europea plantea los problemas generados por la coexistencia de dos sistemas jurídicos, el nacional y el comunitario, así como la relevancia de la Norma Constitucional. Los derechos

²⁹ Definiciones incluidas en las páginas 5 y 6 del plan docente.

fundamentales, su efectividad y tutela, se erigen en el núcleo del contenido de esta área, lo que, a su vez, tiene consecuencias en los restantes aspectos que son objeto de análisis en el presente trabajo (interpretación y argumentación, esencialmente).

No se hace una mención explícita en las directrices iniciales del plan docente a alguna concreta concepción o concepciones del Derecho de la que se parta en el diseño de la formación inicial de los alumnos de la Escuela Judicial. Tampoco se alude de manera expresa a las fuentes del Derecho que han de ser aplicadas por los jueces en prácticas y que, por tanto, han de constituir, en cierta medida, el objeto de su formación, pudiéndose entender que el plan parte de la consideración de que estas cuestiones ya habrían podido ser respondidas con el contenido formativo de la fase teórica de la oposición libre.

Es preciso observar, no obstante, la preponderancia que se otorga desde el plan docente a la ley y a las fuentes legales. De tales observaciones se podría deducir que de forma implícita subyace un modelo de juez que sólo considera como principal fuente del Derecho la ley y que mantiene con pleno rigor la vigencia del principio de legalidad. Conclusión que se subraya de forma muy intensa al indicar el propio plan que no se pretende un incremento de los conocimientos (se entiende jurídicos) de los jueces en prácticas, dado que tales conocimientos, como hemos visto con anterioridad en el estudio de los tests y de los exámenes orales, están asumidos en su casi totalidad por el articulado del Derecho positivo, representado, a su vez, en un contenido mayoritario, por los textos legislativos. Ello nos aproxima a los parámetros propios del juez legalista.

Ciertamente, también contienen los objetivos del plan otras facetas de los nuevos jueces que se pretenden resaltar y que excederían del paradigma propio del juez legalista (Exégesis). Así sucede con el reconocimiento que se efectúa en el plan a la existencia de un complejo entramado de normas y de fuentes normativas (que presupone un elenco de normas heterogéneo), así como con las alusiones que incluye sobre los valores constitucionales y los derechos fundamentales. Respecto de estos últimos, el plan pretende, como aludimos anteriormente, que el juez se constituya en garante de los derechos fundamentales y que ostente una formación en valores constitucionales. La tutela de estos derechos, que se constituiría en un criterio transversal para la aplicación de las normas jurídicas, implica incluir, además de estos derechos como normas con eficacia directa, una dimensión axiológica que ha de impregnar al nuevo juez en toda su actividad

interpretativa (juez integrador). A pesar de esta observación, no se expresa en el plan en qué medida estos valores y derechos pueden incidir en el ejercicio profesional del nuevo juez, máxime porque se indica en aquél el deber de conocimiento teórico de estos y no se alude a la procedencia de que sean considerados o valorados en los procesos de interpretación y argumentación de los jueces en prácticas ni en qué términos.

Llama la atención, en este ámbito, la omisión existente respecto de la doctrina jurisprudencial. La consideración enfatizada en el contenido del plan de que en la Escuela Judicial no se amplían los conocimientos jurídicos de los alumnos implica negar la necesidad de que, al menos en el ámbito de la jurisprudencia, se incrementen los saberes de los opositores. Tampoco se incluye en el plan referencia alguna a la importancia que pueden ostentar los principios en la labor jurídica del alumno ni al concepto que se mantiene de los mismos en los procesos de formación de los jueces. Además, el término principio es utilizado en el Plan con diferentes acepciones. Mientras que en las alusiones referentes a las simulaciones propias de los juicios de faltas se utilizaría el término principio como norma aplicable en defecto de ley, la alusión comprendida en el Área de Derecho Constitucional al principio de proporcionalidad implicaría una acepción de principio como directriz que, dirigida a los órganos de aplicación jurídicos, fundamenta el Derecho y señala criterios generales de interpretación jurídica y de argumentación, en la medida en que aquél se ha configurado como un parámetro esencial en la adecuada tutela de los derechos fundamentales mediante el denominado “test de proporcionalidad”.

De forma que, si bien se alude al sistema de fuentes, no se especifica de forma detallada el modo en que se concibe el mismo, a la vista de las omisiones e imprecisiones apuntadas, aunque, como ya se ha concretado con anterioridad, sí que se reconoce la existencia de un complejo sistema de fuentes, procedentes de diferentes ámbitos. Pero, a pesar de estas últimas observaciones, y dada la diversidad de fuentes del Derecho que implícitamente se asumen en el contenido del programa (Constitución, leyes y otras normas, nacionales, supra e internacionales) se podría considerar, desde el punto de vista teórico, que tras el contenido del plan docente subyacería un modelo propio del juez formalista, de ordenamiento jurídico kelseniano, que concibe el Derecho como un sistema, con una construcción jerárquica, gradual o piramidal de las distintas fuentes del Derecho, de diferentes normas recíprocamente supra y subordinadas, en la que la validez

de una norma reposa en otra norma superior (una norma es válida si es conforme con las normas de superior grado) y en el que rigen unas reglas permanentes que definen la relación entre las diferentes fuentes³⁰.

La concepción del Derecho como práctica social, propia de Dworkin, está presente en la metodología utilizada en la elaboración del plan docente, en la medida en que, como especifica el mismo en el punto 1.2.2, se pretende con aquélla “el desarrollo de habilidades prácticas del ejercicio de la función jurisdiccional”. Dicha metodología, consistente en el análisis de casos prácticos y en la elaboración de resoluciones judiciales por parte de los alumnos de la Escuela Judicial, supone el aprendizaje de las facetas propias de la jurisdicción de forma constructiva. No obstante, es preciso señalar que el producto de la actividad desarrollada por los alumnos no se concibe en el plan docente propia y conceptualmente como Derecho, sino como una serie de habilidades que han de desarrollar los alumnos para el correcto desempeño de su profesión. De la terminología empleada en el plan se deduce que la concepción implícita de la que se parte en la elaboración del plan docente es aquélla que supone que el Derecho viene constituido por el conjunto de normas positivas (propia del juez formalista). Su aplicación práctica no se califica estrictamente como Derecho, sino como un conjunto de habilidades y de competencias, concepción sostenida bajo la influencia, entendemos, de los moldes del juez legalista, que tradicionalmente han presidido la docencia del Derecho.

El plan docente determina una serie de objetivos que podrían tener consecuencias relevantes en el ámbito de la moral, como el relativo a que los alumnos asuman la adecuada comprensión de los hechos y su trascendencia jurídica en el contexto social (apartado 1.3.1) y que los mismos tengan un conocimiento de la realidad social en la que nacen los conflictos (apartado 3.2, punto segundo). Sin embargo, no se especifica en qué medida se pretende que ello influya en el ejercicio de la función judicial.

Las alusiones incluidas en el plan docente a los valores constitucionales reflejan la consideración de que desde las instituciones docentes se pretende fomentar que el juez asuma valores propios del constitucionalismo, lo que nos conecta con el juez integrador,

³⁰ Véase sobre esta cuestión, el apartado “La unidad lógica del orden jurídico. Conflictos normativos”, de La Teoría Pura del Derecho, donde Kelsen alude al principio de contradicción o al de *lex posterior derogat priori* en el ámbito de los conflictos entre normas. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Págs. 214-217.

que pretende que el intérprete (juez) asuma una identificación con las normas morales del sistema y que enmarca su teoría del Derecho, como Dworkin, en el ámbito de una particular cultura jurídica, de aquellos Derechos que puedan generar la actitud interpretativa, para lo cual las prácticas jurídicas deben estar moralmente justificadas.

En lo que respecta al ámbito de la interpretación jurídica, la mayor parte de los criterios incluidos en el plan docente son extensibles a los diferentes modelos de juez que hemos analizado, dado que no se incluyen en aquél criterios que permitan calificar de alguna manera el modelo de interpretación que se propone para la formación de los futuros jueces. Las expresiones utilizadas para caracterizar la actividad interpretativa, reproducidas en los apartados precedentes, son, en su mayoría, genéricas y ambiguas, referidas, en ocasiones, a meras habilidades intelectuales genéricas.

Así, si bien se trasluce del plan docente la pretensión de fijar criterios para el desarrollo de la práctica judicial de los alumnos, en el plan no se establecen líneas concretas de dicha práctica. Se pretende, por tanto, al menos en el marco teórico del plan docente, potenciar que los alumnos de la Escuela Judicial asuman el estudio del Derecho desde una perspectiva interna, del participante en la práctica jurídica, bajo una perspectiva más propia de las teorías postpositivistas, con el objetivo de construir una tecnología para resolver mejor los problemas de la vida práctica del Derecho³¹. Pero esta intención no asume concreción alguna por la vaguedad con que se desarrolla.

No obstante ello, el inciso del plan, relativo a la pretensión de conseguir en el alumnado un dominio de los instrumentos necesarios para la identificación de la norma aplicable nos aproxima más a un modelo de interpretación cercano al positivismo jurídico (el juez creador hartiano, que admitía la complejidad del sistema jurídico), que iría dirigido más a la localización de la norma concreta aplicable a un supuesto dado, que a un modelo propio del juez integrador de Dworkin, que tendería más al estudio del conjunto de los diferentes elementos que conforman una disciplina concreta para la resolución de cada controversia (la interrelación de los distintos preceptos normativos que la

³¹ Precisamente, uno de los objetivos de la teoría Dworkiana era el de superar las limitaciones descriptivas de las teorías positivistas para dar respuesta a los problemas concretos de la práctica judicial, en el marco de una teoría prescriptiva (la teoría no sólo describe sino que forma parte del Derecho, pues la teoría sirve para que el juez decida con fundamento racional).

conforman, los principios inherentes a ella y los precedentes jurisprudenciales preexistentes). El hecho de que se considere como problema interpretativo la identificación de los problemas jurídicos presentados implicaría, en todo caso, la complejidad de la actividad interpretativa que Hart reconocía, la cual ha de afrontar numerosas deficiencias y lagunas del material jurídico con el que ha de trabajar todo intérprete.

La directriz contemplada en el plan relativa a que la resolución de los conflictos se efectúe de conformidad con el sistema de fuentes trasluce la pretensión de que estas contingencias, es decir, las que se susciten por la colisión entre distintas fuentes del Derecho, sean resueltas mediante reglas fijas y nítidas, lo que también permite vislumbrar una estructuración del Derecho desde el modelo piramidal kelseniano del juez formalista y una concepción del mismo como sistema, propia del positivismo jurídico.

Asimismo, y de forma paradójica, dados los objetivos que se proponen en el plan docente³², la omisión en éste de criterios específicos para la superación de los numerosos problemas que se generan en la interpretación jurídica nos aproximaría también a los modelos del juez formalista y del juez creador, que asumen una posición más descriptiva en el estudio del Derecho, en la que el legislador es el centro básico de análisis de la ciencia jurídica y cuyo centro de estudio radica en el fenómeno de la indeterminación de las normas *a priori*, y no tanto de cómo se solucionará la misma cuando se afronte por los órganos de aplicación.

En lo relativo a la argumentación, el plan docente sólo alude a la necesidad de que los alumnos desarrollen una motivación clara y precisa de las resoluciones. Pero esta caracterización de la función argumentativa no explicita múltiples aspectos de la misma: ni cómo se concibe ni en base a qué tipo de criterios o razones ha de desarrollarse. En todo caso, a la vista de las referencias que se incluyen como razones jurídicas en los capítulos introductorios del plan y en las disciplinas de Primera Instancia y de Instrucción, se puede concluir que el modelo argumentativo que se deduce de éstas sería

³² Dentro del capítulo 2 del plan docente se expresa en el apartado 2.4. "... Se pretende conseguir que los jueces en prácticas adquieran y desarrollen habilidades y capacidades adecuadas para identificar y resolver los conflictos de que conozcan, siempre de conformidad con el sistema de fuentes y ofreciendo una motivación clara y precisa de sus resoluciones."

el propio del juez formalista, dada la relevancia que se otorga a la ley y ante la ausencia de criterios para caracterizar o guiar el proceso argumentativo.

Hay que destacar una serie de peculiaridades propias en este plan docente relativas al Área de Derecho Constitucional. En esta disciplina se ofrece un modelo de justicia constitucional que otorga una gran relevancia a la función de la doctrina jurisprudencial, a los derechos fundamentales y a los principios que permiten resolver los conflictos jurídicos existentes entre los mismos y entre las distintas fuentes del Derecho. También se concede en esta disciplina una visión más amplia del sistema de fuentes, dado que éste se amplía con el estudio del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia dimanante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como con el análisis de la jurisprudencia procedente del Tribunal Constitucional y con la inclusión de principios que delimitan las relaciones entre las fuentes del Derecho y la efectividad de los derechos fundamentales.

Se ofrece, así, un modelo de Constitución y de justicia principialista, que se distancia de las constataciones aludidas sobre los criterios generales ofrecidos en el plan docente, más centrados en los modelos propios de las teorías positivistas.

El programa y los objetivos de esta área ponen en evidencia, de una parte, la insuficiencia de la ley como fuente del Derecho, en la medida en que actualmente ha de estar condicionada a la supremacía tanto de la Constitución como del Derecho procedente de la Unión. Por otra parte, la relevancia que ostentan los principios en esta materia nos aproxima a las teorías principialistas, propia del juez integrador, en las que se otorga notoriedad a tales principios como adecuados instrumentos para la correcta selección e interpretación de la normativa aplicable, tanto nacional como europea, y para la adecuada tutela de los derechos fundamentales. No obstante, la enumeración de los principios que se estudian en relación en el Derecho de la Unión refleja también, en cierta medida, la preocupación kelseniana de sistematizar los criterios de eficacia y de validez de las distintas fuentes del Derecho³³ (en nuestro caso, las estatales y las comunitarias), aunque

³³ Véase sobre esta cuestión, el apartado "La unidad lógica del orden jurídico. Conflictos normativos", de la Teoría Pura del Derecho, donde Kelsen alude al principio de contradicción o al de *lex posterior derogat priori* en el ámbito de los conflictos entre normas. Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Págs. 214-217.

avanzando la concepción que el autor austríaco mantuvo respecto del Derecho Internacional³⁴.

Otro factor que nos vincula a la concepción dworkiana es la importancia que se otorga a la jurisprudencia, relevante elemento de estudio de esta disciplina, que, así, se encuadraría en el concepto de lo que se considera propiamente como Derecho³⁵. Ello entronca con un razonamiento justificativo, más que explicativo, en la medida en que se pretende un dominio de los precedentes jurisprudenciales propios de una materia para, en base a los mismos, desarrollar un razonamiento más coherente con los precedentes existentes (si bien esta intención o finalidad no está explicitada en el programa se podría deducir del contenido del mismo).

Según se infiere del contenido de los apartados relativos a los derechos fundamentales y de la notoriedad otorgada a los mismos queda constancia de la superación en los postulados del plan de los criterios que el juez formalista y el juez legalista mantienen respecto de la norma constitucional y del modelo de justicia constitucional³⁶, pues sus referencias nos aproximarían a la teoría dworkiana y al modelo de juez integrador, para el que el Derecho en su conjunto debe interpretarse de manera acorde con la Constitución³⁷. Asimismo, los casos analizados en la jurisprudencia que se muestran en el programa de Derecho Constitucional reflejan conflictos suscitados entre distintos derechos fundamentales entre los que se ha de desarrollar una ponderación a través del principio de proporcionalidad, lo que también nos conecta con el modelo de juez integrador.

La docencia de esta disciplina, por tanto, otorga una mayor relevancia a los procesos de interpretación jurídica que desarrollan los jueces (el Derecho como práctica social), con un claro protagonismo de los principios y de los derechos fundamentales, que

³⁴ Kelsen, en su obra *Teoría pura del Derecho*, analizó la construcción escalonada del Derecho Internacional, la distinción entre Derecho Internacional convencional particular y Derecho Internacional consuetudinario general y la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho estatal. Si bien mantuvo que el Derecho Interno y el Internacional podían considerarse como un solo orden jurídico, también asumió que una ley que incumple el Derecho Internacional, aun pudiendo producir una sanción específica, permanece siempre válida. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982. Capítulo VII: "Estado y Derecho Internacional".

³⁵ Sin negar el hecho de que todos los modelos de juez configurados en esta tesis otorgan valor y relevancia a la jurisprudencia, con la excepción del que hemos llamado juez legalista.

³⁶ Véase apartado relativo a la Constitución sobre la teoría pura del Derecho en el capítulo cuarto de la tesis.

³⁷ Véanse los apartados relativos a la teoría dworkiana del capítulo cuarto de la tesis.

son analizados como normas de aplicación directa y como razones orientadoras de la argumentación judicial.

En suma, el Área de Derecho Constitucional del plan docente 2010-2012 se decanta entre unas posiciones positivistas, en la intención de delimitar criterios claros para la identificación de la normativa aplicable y la clarificación del sistema de fuentes, próximos a las concepciones propios del juez formalista, y las posiciones principialistas cercanas al juez integrador, en lo que se refiere a la efectividad de los derechos fundamentales, al valor otorgado a la jurisprudencia y a los términos en los que se postula el *iter* argumentativo, aunque no se introducen en el plan docente criterios que permitan combinar de forma coherente el rígido respeto al marco legal y a los criterios reguladores de las relaciones entre diferentes normas, propios de Kelsen, y la flexibilidad que puede conllevar, desde postulados más dworkianos, la interpretación de las fuentes del Derecho conforme a la norma constitucional.

4.4.2. Plan docente 2011-2013.

En lo que respecta al plan docente 2011-2013 el temario incluido en el mismo es similar al del plan anterior, sin perjuicio de que se haya pretendido desarrollar en el actual un estudio más transversal de algunas materias y una mayor interrelación entre las distintas disciplinas. No obstante, estos aspectos afectarían más a la metodología de la docencia que al contenido y los presupuestos de la misma.

Son reproducibles, asimismo, las valoraciones efectuadas con anterioridad en relación con la concepción del Derecho que sustenta las directrices del anterior plan docente. La jurisprudencia se sitúa en un papel similar respecto del anterior plan, siendo ahora omitida en el ámbito del Derecho Constitucional, si bien en éste se menciona "la búsqueda de las fuentes jurisprudenciales", junto a la de las fuentes legales, dentro del cuadro de competencias profesionales de los jueces, lo que supone el reconocimiento expreso de que la jurisprudencia ha de suponer uno de los pilares y fundamentos de las resoluciones judiciales, junto al Derecho positivo (las "fuentes legales"). Ello implica, necesariamente, la superación de los postulados del juez legalista.

Las diferencias más reseñables de este plan respecto del anterior pueden destacarse en el Área de Derecho Constitucional, fundamentalmente en lo referente a la

modificación de la terminología empleada en el desarrollo de su programa. No se alude al término principios ni al de jurisprudencia, no se delimitan objetivos ni se incluyen las referencias jurisprudenciales en los términos en los que se enumeraban en el plan precedente. La falta de criterios para designar conceptos determinantes en el contenido de esta disciplina refleja una ausencia de directrices generales en la elaboración del plan docente para delimitar, al menos, los conceptos referentes a las fuentes del Derecho y, por tanto, para concretar explícitamente la precisa concepción o concepciones del Derecho desde la que se parte en la Escuela Judicial.

No se aprecian modificaciones sustanciales en los criterios generales de este plan docente en lo concerniente a la interpretación jurídica. Las únicas innovaciones vienen motivadas por la ausencia de las singularidades que en el plan precedente se indicaron en el Área de Derecho Constitucional, dada la ausencia de menciones en su programa a los objetivos y principios que en el plan precedente estructuraban la configuración del programa de esta materia. Incluso, en este plan no se mencionan los términos “Constitución” o “derechos fundamentales” (sólo referido en una sola ocasión, en el módulo 2).

Los términos en los que están expresadas las competencias incluidas en el cuadro de competencias profesionales que se presentan en este nuevo plan provocan una indefinición del modelo interpretativo que se propone desde la Escuela Judicial, puesto que, si bien las actividades aludidas en el cuadro de competencias son necesarias para el desarrollo de la actividad interpretativa, no configuran la misma. Se aprecia, así, una falta de rigor en la utilización de los términos que se emplean para describir cuestiones que forman parte de la interpretación jurídica. Asimismo, en ocasiones no existe una precisión en la clasificación de las competencias del perfil profesional del juez³⁸.

En todo caso, los criterios expuestos en las competencias descritas en el plan se aproximan a los modelos de interpretación de las teorías positivistas, concretamente al modelo del juez creador. Y ello por diversos motivos: porque se reconoce la complejidad de la actividad interpretativa, fundamentalmente en la concreción de la normativa

³⁸ Por ejemplo, la fijación de las indemnizaciones no es una competencia singular, pues su peculiaridad no reside en las actividades que se han de desarrollar para su consecución (interpretativa y argumentativa), sino en el objeto o la materia sobre la que versa la misma.

aplicable; porque se alude, como fuentes jurídicas, a las fuentes legales y jurisprudenciales, soslayando cualquier otra mención (aunque también se alude a la doctrina científica); porque se obvia cualquier referencia al esquema argumentativo de la ponderación y a los principios; y, asimismo, por el hecho de que se incluya como uno de los parámetros que han de fundamentar la decisión judicial las consecuencias que la misma supone para los afectados o interesados en aquélla (uno de los parámetros que Hart entendía que podía integrar la discrecionalidad del intérprete era la consecución de objetivos sociales).

Respecto a la actividad argumentativa se pueden reproducir las valoraciones previamente expresadas sobre el anterior plan, si bien en la disciplina de Derecho Constitucional y de Derecho Europeo, nuevamente, se omiten las referencias a las distintas disposiciones propias del Derecho de la Unión Europea, a los principios en general y, en particular, a los que sirven para la interpretación de los derechos fundamentales, así como a la jurisprudencia, aunque se enumeran como objeto de estudio una serie de “casos”, por lo que las peculiaridades destacadas sobre el plan precedente respecto del Derecho Constitucional no se aprecian en el presente.

La principal novedad que se trasluce en el contenido del nuevo plan docente para el bienio 2011-2013 es la inclusión en el mismo del cuadro de competencias que se han de desarrollar en la docencia de la Escuela Judicial.

La primera cuestión que se suscita sobre este conjunto de competencias son los presupuestos en torno a los cuales se ha constituido³⁹. Se parte de la consideración de que el modelo de juez que se ha de conformar en la formación inicial de los nuevos jueces y, por tanto, los objetivos a conseguir en la formación de los mismos, han de estar determinados en su totalidad por las necesidades sociales y de los profesionales. Pero, entendemos, el objeto de la investigación en el ámbito de la formación jurídica no debe estar determinado sólo por las necesidades sociales, sino también por la existencia de fenómenos o problemas que puedan plantearse específicamente en la práctica o en la

³⁹ Recordemos que el plan indica: "Por lo anterior, en la definición de las competencias que han de ser tenidas en cuenta como resultado del aprendizaje del futuro juez/a se considera conveniente no partir, deductivamente, del marco general normativo, sino, al contrario, inducir dichas competencias de datos sobre necesidades sentidas por la sociedad o los profesionales del Derecho referentes a la actuación del juez...". (Página 4 del plan docente).

docencia del Derecho, pues la Ciencia del Derecho no sólo ha de ser prescriptiva, sino también explicativa de realidades o problemas que se plantean en la formación de los juristas y de los jueces, en particular.

Las competencias incluidas en el cuadro son, por otra parte, de muy diferente índole, en su mayoría ajenas al ámbito jurídico. No obstante, pese a que se entiende que las diferentes competencias incluidas en el nuevo plan han de ser desarrolladas por los jueces en el ejercicio de su profesión, consideramos que no todas ellas han de ser valoradas en idénticos términos en los procesos de formación de los jueces. En este sentido, las competencias estrictamente jurídicas, es decir, las relativas a la actividad interpretativa y argumentativa, en sus distintas modalidades y ámbitos (resoluciones escritas, dirección de actos procesales orales,...), constituyen el núcleo de la función judicial, siendo las mismas las únicas singulares de ella, dado que las restantes son comunes al ejercicio de otras profesiones intelectuales en las que se desarrolla un trabajo colaborativo o en grupo y, sin obviar su existencia, se entienden complementarias.

Esta constatación se trasluce también en el propio contenido de los planes docentes de la Escuela Judicial examinados, pues los mismos aluden de forma central a la formación sobre cuestiones jurídicas, relegando a un segundo plano y otorgando un carácter complementario a materias de otra índole. La preocupación que late sobre las cuestiones jurídicas en los planes docentes evidencia que estas competencias (las estrictamente jurídicas) sean aquéllas para las que se establece un período de formación especializado y profundo, aun a pesar de que la LOPJ define el programa de formación del curso de la Escuela Judicial como “interdisciplinar” (artículo 307.1.2º LOPJ).

Por ello, se entiende que las competencias jurídicas (la interpretación y la argumentación) han de ser las más valoradas y las que deben determinar, principalmente, el modelo de juez desde el que diseñar los procesos de formación inicial. De hecho, el debate doctrinal sobre el modelo de juez ha surgido desde la ciencia del Derecho, no desde otras ciencias (psicología, pedagogía, filología, sociología, economía,...), es decir, es lo jurídico, esencialmente, el modo en que se concibe el propio Derecho, la interpretación y la argumentación, lo que se entiende que configura el modelo de juez, y no tanto las disciplinas psicológicas, sociológicas, pedagógicas o de otra índole. No obstante, las expresiones que se contienen en el plan docente correspondiente a los años

2011-2013 son genéricas y, por tanto, no permiten una concreción del modelo que se postula de juez en el ámbito de la interpretación y de la argumentación.

Toda profundización en la definición del modelo de juez que se propugna, además, se presume en este plan docente que pertenece a lo ideológico⁴⁰. Se niega, así, expresamente que se pueda profundizar más en el diseño del perfil del juez, dado que ello implicaría introducirse en cuestiones ideológicas y acientíficas, impidiendo, así, la posibilidad de que puedan aportarse criterios científicos para su definición desde la Ciencia del Derecho, como se pretende desarrollar en el presente trabajo.

El plan alude a la existencia de distintos modelos de juez que -ha de sobreentenderse- se corresponden con diversas posiciones ideológicas, sin identificar ni clarificar lo que se entiende por modelo de juez desde este criterio clasificatorio (el ideológico). Sólo se alude en el plan al modelo de “juez constitucional”, que es identificado porque es el que “sirve a los ciudadanos de un Estado Social y Democrático de Derecho” (pág. 8, 2º párrafo), expresión que no aporta criterio alguno para su conceptualización desde la cientificidad del Derecho, desconociéndose si este tipo de juez es uno de los modelos a los que se refiere el propio plan al aludir a las distintas ideologías. Asimismo, esta definición de modelo de juez (constitucional) podría ser extensible a todo profesional funcionario que sirva al Estado, dedicado al servicio público. En consecuencia, desde la propia institución encargada de la formación de los jueces no se propone ningún modelo de referencia delimitado con criterios científicos. El plan docente presenta, por tanto, el modelo de “juez constitucional” como un modelo transparente y, en cierto sentido, incuestionable y aceptado acríticamente, dado que no se identifican los parámetros desde los cuales se identifica desde la epistemología del Derecho. Todas estas conclusiones reflejan, en suma, la indefinición y ambigüedad que sobre el modelo de juez se infiere del contenido del plan docente.

⁴⁰ En este sentido, el plan expone, como hemos indicado: “Este conjunto normativo define un marco general interpretable sobre el que convergen distintas posiciones ideológicas, propias de una sociedad plural, dando así lugar a los distintos “modelos de juez”. Sin embargo, no son tantas las diferencias en los modelos si en lugar de partir de la idea general de juez, se parte de las necesidades que impone la realidad (legal y social) en el que el juez o la jueza han de desenvolverse.” (Página 4 del plan docente).

5. LA FASE DE PRÁCTICAS TUTELADAS

5.1. Introducción.

En este apartado nos centraremos en las cuestiones de los planes docentes específicamente referidas a las prácticas tuteladas, en tanto en cuanto se considera que otros aspectos generales de aquellos ya han sido tratados en los apartados precedentes, relativos al curso previo que se desarrolla en la Escuela Judicial.

Asimismo, se utilizará para el examen de esta etapa de formación de los jueces en prácticas el *instrumento de evaluación de competencias del juez en prácticas para ser cumplimentado por el juez tutor* (documento que contiene la evaluación final del juez tutor) y el *informe de seguimiento periódico del juez tutor* (que ha de remitir éste durante el desarrollo de las prácticas tuteladas y que se contienen en el protocolo de las prácticas tuteladas), documentos que fueron elaborados en el plan docente de los años 2009-2011⁴¹. Estos documentos contienen unos cuestionarios sobre múltiples indicadores que han de ser calificados por los jueces tutores (a los que se les exige ostentar la categoría de magistrados).

No se acudirán a otros documentos relativos a la fase de prácticas tuteladas (guía de buenas prácticas de jueces adjuntos, protocolo de prácticas tuteladas, las conclusiones de los cursos de los formación de jueces tutores, el programa orientativo de formación docente en fase de instrucción o los cuestionarios de autoevaluación y seguimiento del juez en prácticas), por considerar, tras su análisis, que tienen una dimensión más organizativa o metodológica que estrictamente jurídica o técnica. En ellos no se aportan a los tutores modelos o criterios jurídicos para fundamentar la evaluación de los alumnos.

En todo caso, el estudio de los documentos mencionados, en primer lugar, se ceñirá a aquellas partes de los mismos que mantienen relación con los aspectos que son objeto de análisis en la presente investigación, obviándose, por tanto, aquellos otros que se limitan a ámbitos administrativos, organizativos, relacionales, etc.

⁴¹ Estos documentos se incluyen en el anexo de la tesis.

El análisis se desarrollará siguiendo el esquema ya reiterado con anterioridad⁴²: concepto del derecho y fuentes legales, interpretación jurídica y argumentación, para concluir con una síntesis en la que se relacionan los previos ámbitos estudiados con los modelos de juez configurados en el segundo capítulo del presente trabajo.

5.2. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

En el contenido del plan docente no se especifica nada sobre cuestiones vinculadas a las fuentes del Derecho, más allá de que entre los “objetivos de la fase de prácticas tuteladas” (página 13 del plan 2011-2012) se detalle que se pretende una “profundización de conocimientos y habilidades prácticas necesarias para el ejercicio profesional”. No se concreta con esta expresión a qué tipo de conocimientos se refiere, por lo que no se pueden detallar los términos de esta alusión. Se podría deducir que el plan alude a conocimientos meramente teóricos (del Derecho positivo), en la medida en que se incide en la idea de que tales conocimientos han de ser estudiados ahora desde una perspectiva práctica.

Los informes de seguimiento periódico del juez tutor se refieren a aspectos organizativos de las funciones que desarrolla el juez en prácticas (cumplimiento de horario, interés, medios materiales, ...) o alusivas a las evaluaciones que realiza el juez tutor del rendimiento del trabajo del alumno, sin que se especifique ningún criterio sobre las fuentes jurídicas que se han de considerar en la evaluación o en el cometido del nuevo juez.

El *Instrumento de evaluación de competencias del juez en prácticas*, que ha de ser cumplimentado por el juez tutor, alude, entre los indicadores que han de ser calificados y que pudieran configurar la concepción del Derecho desde la que se parte en la docencia de la Escuela Judicial, al “conocimiento del juez en prácticas de las instituciones jurídicas sustantivas” y al “conocimiento de los procedimientos”, de lo que se deduce que se pondera en cuanto a los conocimientos jurídicos de los alumnos, fundamentalmente, el dominio del Derecho positivo, dado que no se introducen elementos para valorar la preparación del alumno en otros ámbitos como, por ejemplo, la jurisprudencia. No

⁴² Se obvia una alusión específica sobre la moral por entender que ya ha sido analizada en los apartados previos.

obstante, entre los indicadores evaluables de las competencias cognitivo-técnicas, el documento aludido se refiere a la “gestión de la información de las distintas fuentes: BOE, bases de datos, webs,...”. De ello concluimos que, respecto de la doctrina jurisprudencial, lo determinante no sería su conocimiento teórico sino el manejo adecuado de las fuentes que la contienen o documentan. La concepción del Derecho como sistema sería, por tanto, determinante. El Derecho como práctica social se vislumbra más como una habilidad para la aplicación del Derecho que como Derecho en sí mismo considerado.

5.3. Interpretación jurídica.

El plan docente, entre los objetivos de la fase de prácticas tuteladas, menciona la “profundización de ... habilidades prácticas necesarias para el ejercicio profesional”, el “control de los diversos tipos procedimentales”, así como a “dirección de los actos orales”.

En el segundo informe de seguimiento periódico que ha de remitir el juez tutor se incluye, en el apartado 5, el siguiente indicador: *¿es capaz de concretar el problema jurídico y de resolverlo adecuadamente?*. Esta cuestión presupone la complejidad que actualmente existe en la localización de la normativa aplicable al caso y la superación del mismo. No obstante, no se ofrecen criterios para considerar cuándo la resolución del problema es correcta.

En el *Instrumento de evaluación de competencias* se contemplan distintos aspectos que, relacionados con la faceta interpretativa, merecen ser destacados. Entre los indicadores de las competencias funcionales, se alude a la siguiente *Escoge entre las diferentes alternativas aquella más adecuada al marco legal y a las concretas circunstancias del caso*. Este indicador, en primer lugar, presupone el reconocimiento de que el orden normativo existente no siempre aporta una solución determinada al supuesto planteado, lo que puede producirse por una variedad de causas (ambigüedad de la norma, discrecionalidad concedida por el legislador,...). Por otra parte, se admite implícitamente desde este enunciado que, ante las opciones en las que se sitúa el intérprete, existe una que es la mejor o más óptima. Asimismo, este indicador guardaría relación con las competencias social-relacionales, pues indican aspectos que, se presupone desde el plan docente, han de ser valorados y conocidos por el juez con carácter previo a la adopción de

su decisión (*“Capta y comprende las preocupaciones, intereses y sentimientos de las demás personas”*).

Hemos de destacar algunos de los indicadores que se contemplan en el apartado 3 del documento ya mencionado (competencias analíticas-aplicativas), dentro del razonamiento analítico y sintético, y que guardan relación con la faceta interpretativa:

- *disecciona los escritos y pruebas recogiendo la información relevante, de forma...:* esta faceta se refiere a la capacidad para extraer y procesar los datos que se contienen en los escritos y los testimonios de los autos de cada procedimiento. Capacidad, ésta, que es de carácter intelectual y no propiamente jurídica o específica del intérprete jurídico.
- *realiza una admisión de la prueba/diligencias, de forma...:* no se concreta con más precisión los términos en los que se pretende se desarrolle la admisión de la prueba, encomendando la valoración de este aspecto a los criterios de cada juez tutor.
- *realiza una valoración de la prueba, de forma...:* este aspecto alude a la actividad intelectual relativa a la síntesis del resultado del material probatorio practicado. No aporta elementos para delimitar el modelo interpretativo que se propone desde la Escuela Judicial.
- *deduce del análisis de los hechos probados y de la norma aplicable al caso, las consecuencias jurídicas adecuadas:* una vez más, a través de este enunciado no se concretan los términos en los que se ha de desarrollar esta actividad, pues la fijación de la normativa aplicable puede tener lugar desde distintas perspectivas y parámetros, como se deduce de los modelos de juez expuestos en este trabajo.

5.4. Argumentación.

Entre los objetivos que el plan docente propone para la fase de prácticas tuteladas no se incluye ninguno que de forma específica aluda a la faceta argumentativa. Así, se menciona la *Profundización de conocimientos y habilidades prácticas necesarias para el*

ejercicio profesional, pero dicha expresión no aporta ningún elemento para definir el modo en el que se propone la argumentación desde la Escuela Judicial.

En el segundo cuestionario de evaluación que han de remitir los jueces tutores se indican, en su apartado 5, algunos criterios que mantienen relación con la faceta argumentativa. Así, se detallan, como aspectos que han de ser evaluados, los siguientes: *si las resoluciones han mejorado, si se utiliza un lenguaje claro, si motiva correctamente sus decisiones y si se expresa de forma gramaticalmente correcta*. No se detallan, no obstante, en estos campos los criterios en base a los cuales se considera como correcta una motivación.

El *instrumento de evaluación de competencias del juez en prácticas*, documento de evaluación final que han de cumplimentar los jueces tutores, introduce, entre los indicadores relativos a las competencias cognitivo-técnicas, indicadores referidos a la redacción de las resoluciones (*si la misma es incorrecta, poco rigurosa, confusa para el ciudadano, incoherente o tosca*). Pero tales facetas, sin menoscabar su relevancia, aluden a habilidades intelectuales genéricas.

Igual valoración puede realizarse respecto del punto 1.2., relativo a las competencias analíticas-aplicativas (*Redacta los hechos probados, de forma*) y de los puntos 3.1, 3.3 y 3.4, que llevan como rúbrica: *utiliza un lenguaje claro, directo y comprensible, adecúa el lenguaje a los destinatarios y responde a los argumentos de las partes*.

Asimismo, el indicador número 2.3, incluido entre las competencias analíticas-aplicativas, ya referido, que valora si el juez en prácticas *Deduce del análisis de los hechos probados y de la norma aplicable al caso, las consecuencias jurídicas adecuadas*, no considera los distintos esquemas argumentativos existentes, en los que no se produce una clara y nítida una subsunción de los hechos en el supuesto previsto en la norma.

5.5. Síntesis y valoración. Relación con los modelos de juez.

Desde la perspectiva de la concepción del Derecho desde la que se parte se puede concluir que el positivismo (juez formalista), una vez más, está presente en los

indicadores de los cuestionarios que han de completar los jueces tutores para evaluar a los jueces en prácticas, a la vista de la valoración específica que se establece en los cuestionarios de evaluación sobre el conocimiento los jueces en prácticas tienen sobre regulación de las instituciones y los procedimientos judiciales.

En el ámbito de la interpretación, las facetas profesionales incluidas en los objetivos de los planes docentes sobre las prácticas tuteladas son comunes a todos los distintos modelos de jueces que han sido estudiados en el presente trabajo, con independencia del modelo interpretativo que se elija. Por tanto, aluden a aspectos propios de la labor profesional del juez, pero sin delimitarlos o configurarlos.

Cuando se alude a la solución correcta del problema jurídico por parte de los jueces en prácticas no se concretan criterios en virtud de los cuales se entienda que la solución pueda calificarse como la más pertinente o acertada, máxime ponderando que, en función del modelo interpretativo que se adopte, según los modelos de juez que han sido estudiados, el acierto de la solución podría ser ponderado desde distintos criterios.

El indicador *Escoge entre las diferentes alternativas aquella más adecuada al marco legal y a las concretas circunstancias del caso*, nos aproximaría a la idea del juez integrador que pretende el hallazgo de la *única respuesta correcta*, pues se introduce como un elemento positivo en la labor del juez la búsqueda de la mejor solución al supuesto. Ello supondría, en la práctica, la negación de la discrecionalidad judicial, pues no se admitirían distintas soluciones alternativas y equivalentes, de igual valor, sino una única, que sería la más correcta.

En segundo lugar, hay que destacar que la concreción de la mejor solución que se propone desde este documento (*Instrumento de evaluación de competencias*) se determinaría en función de dos parámetros: el marco legal y, por otra parte, las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Por tanto, bajo estos dos parámetros, la solución que se propone como la mejor no sería claramente la más coherente con los precedentes o los principios, sino la que respeta el marco definido por el Derecho positivo y ponderara más adecuadamente las circunstancias del supuesto dado (las consecuencias que la propia decisión puede provocar, los términos en los que soluciona la problemática planteada,...). Esta constatación nos distanciaría del juez integrador dworkiano (que

considera como la respuesta correcta aquélla que es la que mejor representa la tradición jurídica y la plena vigencia de los valores del Derecho) y, en cambio, nos situaría junto al juez formal kelseniano (nos recuerda la imagen kelseniana del “marco” dentro del cual ha de desarrollar el intérprete su actividad interpretativa) y, por otro, en el ámbito del juez creador, pues las circunstancias concurrentes en el caso concreto se podrían identificar con los estándares que Hart valora como relevantes para integrar la discrecionalidad judicial. También, considerando el parámetro relativo a las circunstancias del caso desde una posición más radical, al juez activista, que prima la consecución de objetivos sociales sobre su fidelidad a la legalidad. Por tanto, la opción por la que se opta a través de este indicador para ponderar la solución más correcta no deja de ser ciertamente ambigua.

El indicador que evalúa la admisión de las pruebas permite valorar una previa e importante labor intelectual del juez en prácticas, que comprende la propia interpretación. Así, para la admisión de la prueba se requiere: la concreción de la figura jurídica sobre la que versa el litigio, de la acción o acciones ejercitadas y de las excepciones aducidas (“interpretación del Derecho”); la determinación de los hechos jurídicamente relevantes en el litigio y, dentro de estos, los que son controvertidos entre las partes y aquellos sobre los que existe acuerdo (aspecto, éste, en el que se desarrollarían meras destrezas analíticas); y, por último, el dominio de las disposiciones normativas y de la jurisprudencia relativas tanto al fondo del asunto como a los trámites procesales concernientes a la admisión de la prueba (habilidades más ligadas a la faceta interpretativa). No obstante, no se delimita en ese indicador en qué términos se entiende que se ha de proceder al desarrollo de los aspectos interpretativos en el ámbito de la admisión de la prueba, por lo que este punto se caracteriza por la indefinición del modelo de interpretación propuesto, encomendando su calificación y valoración al criterio subjetivo y personal del juez tutor, más allá de los criterios contemplados en la legislación procesal.

La forma en la que se plantea el indicador *deduce del análisis de los hechos probados y de la norma aplicable al caso, las consecuencias jurídicas adecuadas* presupone un sistema jurídico ideado en los términos del juez legalista, en el que la interpretación consiste en una actividad simple de localización de la norma aplicable y que presupone que la ley es completa (sin lagunas), clara (sin ambigüedades) y precisa

(sin ámbito para la discrecionalidad). Sólo en estos casos este indicador sería claramente aplicable. No obstante, como el propio plan docente reconoce en su contenido, nos encontramos ante un complejo sistema normativo, en el que estas características no siempre concurren, haciendo más compleja la actividad interpretativa, dadas las ambigüedades, las lagunas normativas o indeterminaciones que, en ocasiones, concurren en el sistema normativo.

Por consiguiente, en este ámbito existiría una ambigüedad en los fundamentos desde los cuales se formulan los indicadores que han de ser evaluados por los jueces tutores. En ocasiones, los mismos reflejan la compleja actividad interpretativa mientras que en otros casos, como el último analizado, sería más acorde con los parámetros del juez legalista. La ausencia de criterios y fundamentos nítidos en los indicadores sería el rasgo más reseñable.

Por lo que respecta a la actividad argumentativa, en la enumeración de las facetas evaluables se aluden en numerosas ocasiones a habilidades intelectuales genéricas, como el uso de un lenguaje claro y la expresión gramatical, aspectos que, si bien ostentan relevancia, se presuponen adquiridos en las fases de formación precedentes (educación primaria, secundaria y universitaria) y que, por tanto, no son propiamente jurídicas. En segundo lugar, no se fijan parámetros para definir como correcta una motivación o argumentación, de forma que se entiende que serán las propias concepciones personales del juez tutor las que definirán cuándo la argumentación es adecuada y cuándo no. No existe modelo en torno al cual valorar esta faceta.

Desde la perspectiva formal, es el esquema subsuntivo el único que se contempla en los indicadores que son evaluados de forma expresa, omitiendo referencias al esquema de la ponderación. El finalista podría estar presente en aquellos supuestos en los que los indicadores evaluables aluden a la valoración de las circunstancias concurrentes, lo que podría ser relevante para la consecución de la finalidad propuesta por la norma que es aplicada.

6. CONCLUSIONES.

La oposición libre se divide en dos fases: una primera que comprende la realización de un test y dos exámenes orales y la segunda, que conlleva la superación de un curso en la Escuela Judicial y la realización de unas estancias en órganos jurisdiccionales.

En la primera de estas dos fases subyace una preocupación relevante por consolidar en los futuros jueces el conocimiento teórico del Derecho, más concretamente, de los preceptos que comprenden el Derecho positivo y el articulado de las leyes que regulan las disciplinas relativas al Derecho Civil y Penal, Derecho Procesal, así como al ámbito del Derecho Constitucional (legislación que desarrolla los preceptos constitucionales en el ámbito institucional y en el de los derechos fundamentales), junto al propio contenido de la Constitución. Este objetivo, relativo al dominio del articulado de la legislación vigente, se proyecta sobre la totalidad de las disciplinas que los jueces han de aplicar en sus primeros destinos (los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción). Se pretende desarrollar, por tanto, un recorrido por la globalidad del Derecho positivo, aunque con una cierta independencia de la relevancia que cada figura o institución mantiene en el tráfico jurídico, de la frecuencia con que se proyecta en la práctica jurisdiccional o la mayor o menor doctrina (científica y jurisprudencial) que aquéllas han generado, si bien en este aspecto es preciso señalar que en las últimas convocatorias, en esta línea, se ha depurado el contenido del temario, reordenando el mismo y suprimiendo figuras jurídicas de escasa relevancia, como los censos o los temas relativos al Derecho orgánico judicial.

Sólo de forma excepcional o complementaria se alude en el contenido del temario a principios no explicitados en el Derecho positivo o a la doctrina jurisprudencial o científica (en este último caso son, aún, más marginales las referencias a ésta). Ciertamente, en el ámbito del Derecho Constitucional se pueden mencionar algunas excepciones, relativas a la inclusión en su temario de materias incluidas en el Derecho de la Unión Europea (ya originario, ya derivado), a la mayor atención que se presta en este caso a la doctrina jurisprudencial existente tanto en el ámbito de los derechos fundamentales (por parte del Tribunal Constitucional) como en el del Derecho de la Unión Europea (por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) y,

asimismo, a la mención que se incluye en diversos temas de esta disciplina respecto de distintas fuentes del Derecho (leyes ordinarias, orgánicas, reglamentos y directivas de la Unión Europea, de las sentencias del Tribunal Constitucional, de los decretos-leyes,...) cuya aplicación se pretende sistematizar, lo que también se incluye en el ámbito de la teoría del Derecho (mediante el estudio del valor y requisitos de la costumbre, por ejemplo). No obstante, estas referencias son, en todo caso, y dada la gran amplitud del temario, de extensión reducida.

Se pretende, por tanto, que el opositor, no sólo alcance un conocimiento teórico del articulado del Derecho positivo, de la legislación, sino también que logre una adecuada articulación de las distintas fuentes formales del Derecho que ha de aplicar, de las distintas normas que están presentes en el orden jurídico y de las relaciones de validez y eficacia que rigen entre aquéllas. Se ofrece, así, una imagen del Derecho como conjunto de reglas coherentes y ordenadas. El Derecho como sistema, según lo conciben los positivistas, y la imagen de la pirámide kelseniana aparecen presentes en el espíritu de las pruebas de la oposición. La imagen del Derecho como práctica social, como práctica creativa, interpretativa y constructiva, más propia del juez integrador, está prácticamente ausente en esta primera fase de la oposición.

Las pruebas que conforman esta fase de oposición no exigen la realización de actividad interpretativa alguna. Sólo el test contiene algunas cuestiones que imponen la necesidad de que el opositor desarrolle una correlación entre distintos preceptos legales, así como, muy ocasionalmente, una actividad de interpretación jurídica (que exigiría, además, un desarrollo de lo que hemos denominado “interpretación de la ley”). El opositor, por tanto, no ha de superar la problemática que se suscita en esta labor del juez (ambigüedad de los preceptos normativos, discrecionalidad, lagunas en el sistema jurídico,...).

La utilidad que obtiene de estas pruebas para el dominio de la actividad interpretativa va dirigida, esencialmente, hacia la “interpretación del Derecho”, en la medida en que el dominio de los preceptos normativos, normalmente legislativos, facilita la rápida localización de las normas que son de aplicación a un supuesto específico y la concreción de las figuras jurídicas que están presentes en el litigio en cuestión, es decir, la calificación jurídica de los hechos enjuiciados.

Tampoco estas pruebas contemplan el desarrollo de la faceta argumentativa. Sólo se desarrolla en aquellas preguntas del test que exigen la aplicación de un precepto normativo a un supuesto práctico, lo que se presenta como sumamente excepcional en los cuestionarios de los tests de las distintas convocatorias (sólo en tres ítems), supuestos, estos, en los que, desde la perspectiva formal, basta con recurrir al esquema argumentativo subsuntivo y, desde la perspectiva material, a un precepto legal como razón jurídica. Es decir, se caracterizan por su simplicidad argumentativa.

No obstante, la memorización de los temarios que exige la superación de los tests y de los exámenes orales reviste utilidad en la faceta argumentativa desde la perspectiva material, pues el Derecho que se memoriza es el que constituye el fundamento jurídico de las resoluciones judiciales. Derecho que, por otra parte, está protagonizado por la ley. Pero, si bien se introducen en el temario referencias a principios o derechos contemplados en nuestra Constitución, no se concreta en el temario, en los términos en que está concebido, en qué medida aquellos pueden condicionar u orientar la práctica de la interpretación jurídica.

En esta línea son las razones prácticas, esencialmente los preceptos legales, las que constituyen el objeto de estudio por parte de los opositores, en detrimento de las no prácticas (que sirven para identificar otras razones jurídicas, como, por ejemplo, las que permiten resolver los problemas de interpretación de las normas). Por otra parte, las razones no jurídicas, como las vinculadas con los hechos, no están presentes. Se favorece, asimismo, más un razonamiento explicativo, que se limita a motivar o explicar la resolución judicial, que justificativo, es decir, dirigido también a mostrar la decisión como coherente con los precedentes o los principios fundamentales de una determinada materia.

Desde una perspectiva formal no se potencia el uso de los distintos esquemas argumentativos (con alguna salvedad excepcional en el supuesto de los tests), aunque aquél que los opositores pueden dominar más fácilmente tras la superación de la prueba es el subsuntivo, dado que en él el razonamiento es más simple, al no exigir una valoración de diversas circunstancias o la ponderación de distintos preceptos o derechos, requiriendo solamente la inclusión de los hechos probados en el presupuesto fáctico de la norma.

Por los motivos apuntados, tanto en el ámbito de la interpretación como en el de la argumentación, el modelo de juez que más se aproxima a las concepciones que se traslucen en estas facetas es la del juez legalista. En el ámbito interpretativo por el protagonismo que asume la ley en el desarrollo del temario, porque el opositor no ha de superar problemas de ninguna índole ni en la “interpretación del Derecho” ni tampoco en la “interpretación de la ley”. La norma, por tanto, se presupone clara, precisa y coherente.

Todo ello sin perjuicio de considerar que el conocimiento de la legislación, que asume el principal protagonismo en la resolución de los tests y en los exámenes orales, es requisito imprescindible para el desarrollo de los otros modelos de juez, pues todos ellos se construyen desde el análisis del Derecho positivo.

En el campo de la argumentación se postula la utilización y el dominio de las razones jurídicas y prácticas, esencialmente legales, y el recurso a un razonamiento explicativo, aunque omitiendo una evaluación de habilidades necesarias para el desarrollo de un proceso argumentativo real donde se pudiera introducir, junto a aquellas razones, un razonamiento discursivo que contemplara otras razones distintas (extrajurídicas, no prácticas,...) y se potenciara un razonamiento justificativo.

Es cuestionable, en suma, en este modelo de exámenes la procedencia de la selección de las materias objeto del temario, así como los objetivos que se pretenden conseguir con la superación de estos. No sólo porque los propios exámenes no supongan ejercicio de interpretación y de argumentación, sino también por las facetas que estas pruebas pretenden potenciar en el ámbito de la interpretación y de la argumentación, pues en el ámbito interpretativo los modelos de los exámenes actuales potencian la “interpretación del Derecho”, facilitando una rápida localización de la normativa y de las figuras jurídicas presentes en un litigio, en detrimento de la “interpretación de la ley”, es decir, del conocimiento de la doctrina existente o generada en torno a determinados preceptos normativos o instituciones jurídicas concretas. En la faceta argumentativa no potencian un proceso argumentativo justificativo.

La segunda fase del procedimiento selectivo (dependiente de la Escuela Judicial) contrasta con la primera en sus objetivos, temario y contenido. En ella se pretende potenciar, precisamente, la dimensión del Derecho como práctica social, es decir, la

capacidad en el alumnado para desarrollar la actividad interpretativa y argumentativa propia de la función jurisdiccional. Ello se trasluce, fundamentalmente, en la metodología empleada en la docencia, que ocupa, además, una gran parte del contenido de los planes docentes de la Escuela Judicial. Dicha metodología se fundamenta en el denominado método del caso, consistente en el análisis de supuestos extraídos de la realidad, los cuales, incluso, constituyen el fundamento para el dictado de resoluciones por parte de los alumnos de la Escuela (jueces en prácticas).

El temario también contrasta con el establecido para la primera fase de la oposición, pues, fundamentalmente, en el ámbito del Derecho sustantivo, se potencia el estudio de las cuestiones que, dentro de cada una de las distintas disciplinas (Área de Primera Instancia y Instrucción), se presentan con más frecuencia y ostentan una mayor repercusión en la práctica forense de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, en detrimento de aquellas materias que con menos asiduidad se enjuician o que menos relevancia tienen. El Derecho Procesal abarca el estudio de las materias que se corresponden con las competencias de estos órganos jurisdiccionales. Tanto en estas disciplinas como en el Área de Derecho Constitucional también subyace la pretensión de sistematizar el conjunto de normas que comprenden nuestro sistema normativo, especialmente en el ámbito propio de las materias reguladas por el Derecho de la Unión Europea. La tutela y efectividad de los derechos fundamentales también ocupan parte del temario y de los objetivos que se postulan en los planes docentes, fundamentalmente en el Área de Derecho Constitucional.

No se hace una mención explícita en las directrices iniciales del plan docente a alguna concreta concepción o concepciones del Derecho en las que se fundamente la docencia de la Escuela Judicial. Tampoco se alude de manera expresa a las fuentes del Derecho que han de ser aplicadas por los jueces en prácticas y que, por tanto, han de constituir, en cierta medida, el objeto de su formación, pudiéndose entender que el plan parte de la consideración de que estas cuestiones ya han sido respondidas en el contenido formativo de la fase teórica de la oposición libre. No obstante, del contenido de los planes se pueden obtener unas conclusiones sobre estas cuestiones.

Es evidente que los planes docentes enfatizan de forma intensa la necesidad de que los futuros jueces tengan un excelente conocimiento de los textos legales, que se

sometan al sistema de fuentes, otorgando relevancia a la vigencia del principio de legalidad y refiriendo de forma expresa, incluso, que no se pretende una ampliación de los conocimientos materiales de los jueces en prácticas, sino sólo completarlos desde una perspectiva práctica. Se reconoce, por otra parte, la existencia de un complejo sistema de fuentes legales y de normas. En suma, se sigue otorgando, por tanto, un valor considerable al conocimiento de las fuentes procedentes del Derecho positivo, especialmente de la ley, aunque se admite la existencia de una pluralidad de fuentes jurídicas que han de ser adecuadamente sistematizadas por el juzgador.

No se incluyen en los planes docentes, en general, referencias a la doctrina jurisprudencial ni tampoco, obviamente, a su valor o naturaleza. Tampoco se incluye alusión específica sobre los principios, cuyo término, incluso, se utiliza en el plan docente con diversas acepciones. En las directrices generales de los planes tampoco existen referencias muy precisas sobre normativa internacional o sobre la Norma Constitucional. Se limitan a afirmar, respecto de esta última, como propósito, la voluntad de que se forme a la Judicatura en los valores constitucionales y de que la misma se constituya en garante de los derechos fundamentales, sin una mayor concreción sobre el modo en que estos derechos han de influir en los procesos de interpretación jurídica.

De todo ello se puede considerar, desde el punto de vista teórico, que tras al contenido del plan docente subyace una concepción próxima a la sostenida por el juez formalista kelseniano, que concibe el Derecho como un sistema, con una construcción jerárquica, gradual o piramidal de las distintas fuentes del Derecho. El Derecho como práctica social, estaría presente en la metodología utilizada en la elaboración del plan docente. No obstante, es preciso señalar que el producto de la actividad desarrollada por los alumnos no se concibe en el Plan Docente, propia y conceptualmente, como Derecho, sino como una serie de habilidades que han de desarrollar aquellos para el correcto desempeño de su profesión. De la terminología empleada en el plan se deduce que la concepción implícita de la que se parte en la elaboración del Plan Docente sería aquella que supone que el Derecho viene constituido por el conjunto de normas positivas. Su aplicación práctica no se califica estrictamente como Derecho, sino como un conjunto de habilidades y de competencias.

En el ámbito interpretativo los planes docentes contienen numerosas expresiones con las cuales se pretenden delimitar las habilidades y los objetivos que en esta fase de formación de los jueces se procuran potenciar. No obstante, los criterios que se introducen en los planes se caracterizan por referirse, o bien a habilidades intelectuales genéricas (como la capacidad de análisis) o bien a expresiones que no delimitan con precisión el modo en que se pretende que se desarrolle la actividad interpretativa, pues el uso de la terminología que se emplea para aludir a la interpretación es heterogénea e imprecisa. No se concretan los términos en los que se considera que la normativa constitucional y, más concretamente, los derechos fundamentales pueden condicionar los procesos de interpretación.

No obstante, los criterios generales contenidos en los planes docentes relacionados con la interpretación nos sitúan ante las posiciones que hemos establecido respecto del juez creador, como se deduce del reconocimiento que se manifiesta en aquellos de la complejidad de la labor interpretativa (entre la que se encontraría la adecuada localización de la normativa aplicable), la omisión en la que incurren los planes sobre los principios y la ponderación y ante la ausencia de criterios en los planes para afrontar la problemática que se suscita en el ámbito interpretativo.

En lo que respecta a la faceta argumentativa se alude a la necesidad de que los jueces en prácticas ofrezcan una motivación clara y precisa de las resoluciones judiciales, sin mayor precisión sobre modelo argumentativo alguno.

Ciertas peculiaridades merecen destacarse, en el aspecto interpretativo y argumentativo, en la materia de Derecho Constitucional y de la Unión Europea, aunque sólo respecto de la programación establecida en el plan docente del bienio 2010-2012, no en el posterior, donde no se aprecian estas singularidades⁴³. Así, el programa de esta disciplina en ese plan se refiere a fuentes no aludidas en los programas de las restantes materias (como las procedentes de la Unión Europea). También se incluyen amplias

⁴³ En el plan docente 2011-2013 no se expresan los objetivos de la docencia de esta Área, como en el anterior, entre los que incluía los principios en torno a los cuales giraba el estudio de una parte importante de la materia, tanto en lo que respecta a las relaciones entre el Derecho interno y el de la Unión Europea como en lo que respecta a la interpretación de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales. Se modifica, incluso, en la nueva programación la terminología empleada, eludiéndose el término “jurisprudencia” y el término “principio”, que sólo es referido en una sola ocasión.

referencias jurisprudenciales, que nos aproximan a la concepción del Derecho como práctica social (juez integrador), así como a los principios del Derecho que sirven, según se expone en el propio programa, como criterio para la interpretación de los preceptos reguladores de los derechos fundamentales y para la adecuada sistematización de la normativa procedente de la Unión Europea. Se enfatiza, asimismo, la relevancia de la normativa constitucional y de la jurisprudencia que la desarrolla para la adecuada interpretación de las disposiciones legales, así como la necesidad de que en los procesos de interpretación jurídica se consideren los derechos fundamentales de los litigantes que pudieran estar afectados en una controversia concreta. Desde la perspectiva de la argumentación los supuestos que se analizan en la programación de esta materia suscitan la necesidad de que se valore el peso de los distintos derechos en conflicto para dirimir cuál de ellos ha de prevalecer, por lo que supone el uso del esquema argumentativo de la ponderación. Las peculiaridades resaltadas acercan los fundamentos del programa de esta disciplina a las teorías principialistas de Dworkin, al modelo del juez integrador, tanto por los criterios interpretativos que se introducen como por la pluralidad de razones jurídicas (prácticas y no prácticas) y de esquemas argumentativos que admite, si bien también se aprecia la preocupación de sistematizar el bloque normativo vigente en nuestro país, tanto nacional como supranacional, lo que se entiende como una manifestación de la concepción kelseniana de sistema jurídico y de su paradigmática pirámide normativa.

Destacable es la inclusión en el último plan docente, correspondiente al bienio 2011-2013, de un perfil de juez que incluye un conjunto de competencias profesionales que se pretende que sean asimiladas y dominadas por los jueces en prácticas durante su estancia en la Escuela Judicial. Llamativa es la forma en la que se presenta la formulación de este perfil de juez por distintos motivos. En primer lugar, por los presupuestos en torno a los cuales se ha constituido⁴⁴. Se parte de la consideración de que el modelo de juez que se ha de conformar en la formación inicial de los nuevos jueces y, por tanto, los objetivos a conseguir en la formación de los mismos, han de estar determinados en su totalidad por las necesidades sociales y de los profesionales. Pero,

⁴⁴ Recordemos que el plan indica: "Por lo anterior, en la definición de las competencias que han de ser tenidas en cuenta como resultado del aprendizaje del futuro juez/a se considera conveniente no partir, deductivamente, del marco general normativo, sino, al contrario, inducir dichas competencias de datos sobre necesidades sentidas por la sociedad o los profesionales del Derecho referentes a la actuación del juez...". (Página 4 del plan docente).

entendemos, el objeto de la investigación en el ámbito de la formación jurídica no debe estar determinado sólo por las necesidades sociales, sino también por la existencia de fenómenos o problemas que puedan plantearse específicamente en la práctica o en la docencia del Derecho, pues la Ciencia del Derecho no sólo ha de ser prescriptiva, sino también explicativa de realidades o problemas que se plantean en la formación de los juristas y de los jueces, en particular.

En segundo lugar, porque se considera en el plan que el modelo de juez debe comprender un marco general (que se entiende es el que se contiene en el propio plan) sobre el que no se pueden establecer más precisiones, dado que ello supondría inmiscuirse en posiciones ideológicas, las cuales, se añade, dan lugar a los distintos modelos de juez. No se comparte esta consideración de la que parte el plan, pues los modelos de juez elaborados en el presente trabajo contienen modelos interpretativos elaborados desde criterios científicos y desde la epistemología del Derecho, no entendiéndose que la profundización en tales cuestiones haya de suponer, necesariamente, un posicionamiento ideológico concreto. En última instancia, se desconoce a qué se refiere el plan cuando alude a los distintos modelos de juez que proceden de las distintas posiciones ideológicas: ni se concretan sus características ni parámetro alguno con el que identificar estos supuestos modelos judiciales, cuya concreción queda, por tanto, a la libre interpretación del lector.

En tercer lugar, consideramos que, si bien se enumera una pluralidad de competencias de diversa naturaleza, no todas han de ser valoradas en idénticos términos en la docencia de la Escuela Judicial, pues las competencias estrictamente jurídicas, es decir, las relativas a la actividad interpretativa y argumentativa, en sus distintas modalidades y ámbitos (resoluciones escritas, dirección de actos procesales orales,...), constituyen el núcleo de la función judicial, siendo las mismas las únicas singulares de ella, dado que las restantes pueden ser comunes al ejercicio de otras profesiones. En todo caso, las expresiones que se incluyen en el cuadro de competencias de los jueces y que comprenden aspectos vinculados a la actividad interpretativa y argumentativa revisten las mismas características comentadas con anterioridad respecto de las orientaciones generales de los planes docentes. Se caracterizan, por tanto, por su ambigüedad, en el sentido de aludir a habilidades intelectuales genéricas que no concretan rasgos precisos

del modelo de interpretación y de argumentación que se propone en la docencia de la Escuela Judicial. Podría destacarse la mención que se incluye en el cuadro de competencias de la jurisprudencia como una de las fuentes en la que fundamentar las resoluciones judiciales, si bien también se alude con la misma finalidad a la doctrina científica o a los comentarios doctrinales, lo que no termina de clarificar la concepción del Derecho desde la que se parte.

Más allá de estas cuestiones, ambos planes docentes caracterizan al juez que se propone como modelo en la Escuela Judicial como el “juez constitucional”. Es la única definición que se realiza de forma expresa en el plan docente sobre el modelo de juez, el cual es caracterizado como el que *“sirve a los ciudadanos de un Estado Social y Democrático de Derecho”* (apartado 1.3.1), expresión que es predicable respecto de cualquier funcionario profesional (no sólo de los jueces) y que redundará más, si cabe, en la indefinición y ambigüedad del modelo de juez que se deduce de los distintos planes examinados.

Del contenido de los planes docentes podemos reconocer, sintetizando las valoraciones expuestas en este capítulo, la superación del modelo de juez legalista, propio de la Escuela de la Exégesis, ante el reconocimiento que se hace en el plan sobre la complejidad del sistema de fuentes y la problemática que se suscita en la localización de la normativa, en la mención, un tanto tangencial, que se efectúa sobre la doctrina jurisprudencial y, fundamentalmente, en la relevancia que se otorga a la Constitución y a los derechos fundamentales. El modelo que se trasluce de las directrices del plan se correspondería más con uno cercano al positivismo jurídico, que pretende una adecuada sistematización de la totalidad del sistema jurídico y otorga un ámbito de discrecionalidad al intérprete, pero que soslaya criterios concretos tanto para la resolución de la problemática que se puede suscitar en el ámbito de la interpretación jurídica como para el desarrollo de una teoría integral de la argumentación que oriente el desarrollo de la práctica judicial.

Los criterios que hemos colegido en relación con el contenido del programa de la materia relativa al Derecho Constitucional y de la Unión Europea, si bien nos aproximan a una teoría principialista o al modelo del juez integrador, se sitúan como un ámbito estanco, no continuador de las directrices generales que presiden el plan docente, lo que

dificulta aún más la identificación del modelo de juez que se ofrece en la enseñanza de los futuros jueces. El hecho de que estas apreciaciones se constaten en uno solo de los dos planes docentes, de que esta materia sea esencialmente transversal y que incluya aspectos que han de ser considerados, necesariamente, en la aplicación de las disciplinas Civil y Penal por los jueces, ahonda aún más en esta constatación.

En todo caso, los contenidos de los planes docentes se caracterizan, esencialmente, por la ausencia de una explicitación de los criterios en base a los cuales se puede sostener una concepción (o concepciones) del Derecho o algún modelo de interpretación o argumentación. Lo destacable, en suma, tanto en el plan del bienio 2011-2013 como en el precedente (2010-2012), es la indefinición y ambigüedad en la terminología jurídica empleada y en la concreción de los modelos de interpretación y de argumentación en base a los cuales se pretende formar al alumnado de la Escuela Judicial. Y si bien se ha analizado el contenido de los programas de las distintas disciplinas, especialmente la materia de Derecho Constitucional, en orden a relacionarlas con los modelos de juez estudiados, dicha aproximación a las diferentes teorías del Derecho se ha fundamentado en inferencias que no están explicitadas en el contenido del programa.

Llama la atención, por ello, el protagonismo que en el contenido del plan se otorga a las metodologías de trabajo y de docencia frente a la escasa reflexión que se trasluce en cuestiones jurídicas que se consideran esenciales en la configuración, no sólo de la docencia impartida desde la Escuela Judicial, sino del modelo de juez que se propone desde la misma. Y si bien el plan del bienio 2010-2012 expresa (en su apartado 2.1, objetivos generales de la planificación docente) que se configura como el *producto de una profunda reflexión sobre el perfil profesional de quien ha de impartir justicia*⁴⁵, los presupuestos y los criterios o los resultados de esa reflexión están totalmente ausentes en el contenido, estructura y objetivos del plan que se propone para la docencia de los jueces en prácticas.

De todo ello se deduce, principalmente, que en la elaboración del plan docente se parte de la presunción de la existencia de un modelo universal de interpretación y de argumentación que es nítido y claro y que ha de sobreentenderse como algo asumido, por

⁴⁵ Plan docente del bienio 2010-2012, página 4.

lo que, en consecuencia, no se explicita (*fenómeno de transparencia y naturalización de la concepción del juez*). Esta conclusión también se infiere de los contenidos que se renuevan en los diferentes planes docentes. Así, las modificaciones que se introducen en los planes en los diferentes años se centran, principalmente, en el ámbito pedagógico, es decir, en las metodologías empleadas en la docencia, así como en la estructuración y organización del conjunto de contenidos expuestos en el currículo, obviando una profundización sobre los fundamentos científicos de epistemología del Derecho que los justifiquen.

Así, en la elaboración del plan docente se considera, por tanto, que el problema de la elaboración del currículo puede ser abordado, desde el punto de vista de la enseñanza, de manera relativamente independiente del conocimiento científico que es objeto de la misma. Es decir, se presupone que lo problemático está en la selección de los contenidos, su secuenciación y temporalización y en la metodología de enseñanza, pero sin un cuestionamiento explícito sobre el saber jurídico, asumiendo, pues, que existe una forma universal e incuestionable de concebir el Derecho y la figura del juez, de organizar los conocimientos jurídicos y de interpretar y de argumentar⁴⁶.

Las cuestiones problemáticas que en el ámbito de lo jurídico se plantean a los alumnos están, en suma, formuladas más desde la perspectiva de lo meramente educativo, como un problema particular y propio de la institución docente (Escuela Judicial), que como un problema de investigación sobre el sistema de enseñanza del Derecho, susceptible de ser analizado desde una perspectiva científica.

Tampoco existen perspectivas de que se avance en este ámbito, puesto que se parte de la concepción en la configuración del plan docente de que la formulación de parámetros (jurídicos) sobre el modelo de juez, es decir, lo que comprende la interpretación y la argumentación, es una cuestión fundamentalmente ideológica, que no puede ser estudiada desde una perspectiva científica, dado que se asume de forma implícita un modelo transparente e incuestionable de juez: el juez constitucional.

⁴⁶ Se alude, en este sentido, al “ensamblaje entre los conocimientos teóricos con la aplicación práctica de los mismos”, a la “gestión de los conocimientos ya adquiridos”, a “un dominio de los instrumentos necesarios”, a la necesidad de “completar los conocimientos adquiridos desde una perspectiva práctica”, a “la movilización de los conocimientos del alumno”, al “dominio de las habilidades necesarias”,...

Por tanto, la concepción del Derecho y los modelos de interpretación y de argumentación que se transmiten a los alumnos de la Escuela Judicial dependerán, en gran medida, de los modelos y de las concepciones, no explícitas sino implícitas, que asuman cada uno de los docentes de la Escuela Judicial (durante el período de docencia) y cada uno de los jueces tutores (durante la etapa de prácticas tuteladas), ante las lagunas que sobre esta materia se aprecian en el plan docente de la Escuela Judicial.

Por todo ello, se considera precisa la formulación de un modelo científico desde el que diseñar la enseñanza del Derecho y los procesos de selección de los jueces, pues este modelo sobre el saber jurídico ha de ser formulado y explicitado con carácter previo al diseño de las pruebas selectivas, de los programas y de las metodologías empleadas para transmitirlo.

CAPÍTULO 8

ANÁLISIS DEL INGRESO A LA CARRERA JUDICIAL POR EL
PROCEDIMIENTO DE CONCURSO. LOS CONCURSOS
DISCRECIONALES

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo estudiaremos el proceso selectivo que en la actualidad regula el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado, destinado a juristas con un mínimo de diez años de ejercicio profesional. La estructura de este proceso selectivo es sustancialmente diferente a la determinada en la oposición libre. Se compone de un concurso de méritos, una prueba escrita (consistente en la realización de un dictamen, según se denomina en las propias convocatorias) y, por último, en la celebración de una entrevista ante el tribunal calificador.

La regulación de este proceso de selección está detallada en el artículo 313 de la LOPJ y en el Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011 (en sus artículos 16 a 22), aunque concreciones más pormenorizadas de los mismos se localizan en los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial en los que se han convocado los últimos procesos selectivos (Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 13 de octubre de 2005, publicado en el BOE en fecha de 27 de octubre de 2005; el Acuerdo de 29 de diciembre de 2009, publicado en el BOE en fecha de 7 de enero de 2010; y el Acuerdo del Pleno del Consejo de 23 de septiembre de 2010, publicado en el BOE en fecha de 30 de septiembre de 2010), así como los Acuerdos de los Tribunales de Calificación de estos procesos, que puntualizan las condiciones en las que se ha de realizar el dictamen.

El dictamen que integra este proceso de selección será objeto de análisis en función de la estructura ya establecida para la oposición libre: temario, fuentes del Derecho y concepción del Derecho; interpretación jurídica; y argumentación. En este estudio utilizaremos, como instrumento, el *modelo epistemológico de referencia* elaborado en el capítulo cuarto del presente trabajo de investigación, conformado por diferentes modelos de juez. Esta estructura no se aplicará al concurso de méritos ni a la entrevista, por sus especiales características. Se examinarán, separadamente, los

dictámenes relativos al orden civil y al orden penal, por considerar que revisten peculiaridades propias.

También incorporamos en este capítulo un sucinto análisis de los criterios jurídicos que están presentes en los concursos discrecionales regulados para acceder a la Carrera Judicial. Nos referimos a los procedimientos específicos para acceder al Tribunal Supremo y a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Finalmente, incluimos una síntesis y una valoración conjunta de estos procesos de selección.

2. EL BAREMO DE MÉRITOS EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL

Los méritos que se valoran en el contenido de estas oposiciones pueden dividirse en dos grupos. Uno primero, que comprende aspectos vinculados a la experiencia profesional de los candidatos, que son los siguientes: años de ejercicio de la Abogacía y asesoramientos prestados en departamentos de empresas; años de servicio efectivo como catedrático/a o como profesor/a titular de disciplinas jurídicas en universidades públicas o privadas; años de servicio como funcionario o funcionaria de carrera para cuyo ingreso se exija estar en posesión del doctorado o la licenciatura en Derecho; años de servicio en la Carrera Fiscal o en el Cuerpo de Secretarios Judiciales; años de ejercicio efectivo de funciones judiciales sin pertenecer a la Carrera Judicial y número de resoluciones dictadas, valorándose además la calidad de las mismas; años de ejercicio efectivo como fiscal sustituto/a y secretario/a en régimen de provisión temporal.

Otro segundo grupo de méritos tiene carácter académico y científico: licenciatura en Derecho; doctorado en Derecho; publicaciones científico-jurídicas; ponencias y comunicaciones en congresos y cursos de relevante interés jurídico; realización de cursos de especialización jurídica; la obtención de la suficiencia investigadora; haber aprobado alguno de los ejercicios que integran las pruebas de acceso a la Carrera Judicial o a la Carrera Fiscal o el dictamen en las pruebas de acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado.

No se introducen parámetros para valorar de una forma objetiva la faceta interpretativa o argumentativa de los candidatos en la evaluación de los méritos aludidos. Estas facetas sólo pueden ser valoradas más directamente respecto de ciertos méritos concretos, como en el relativo a la superación del dictamen en estos procesos selectivos o el atinente a la experiencia profesional de los opositores que, con anterioridad, hubieran desempeñado funciones jurisdiccionales como jueces sustitutos, magistrados suplentes o funciones como fiscal sustituto y secretario en régimen de provisión temporal, dado que, respecto de estos últimos casos, en las bases de la convocatoria se determina expresamente que se valorará la calidad de las resoluciones dictadas. Además, en las convocatorias no se explicitan los criterios en base a los cuales el Tribunal calificador ha de ponderar la calidad de las resoluciones dictadas por quienes han ejercido la función judicial o fiscal, por lo que no se pueden obtener conclusiones relevantes desde las concepciones del Derecho o los modelos de juez que han sido examinados.

Igual valoración puede efectuarse respecto de los méritos académicos. Los mismos pueden reflejar, en ocasiones, un dominio de múltiples instrumentos vinculados con el núcleo jurídico de la función jurisdiccional¹, si bien no se explicitan tampoco ni en la normativa reguladora de los procesos de selección ni en las propias convocatorias los criterios concretos en virtud de los cuales se han de evaluar aquellos, encomendándose –por tanto- la puntuación de tales méritos a la discrecionalidad técnica del Tribunal calificador, dentro de los límites contemplados en las bases de la convocatoria, límites que –en todo caso- no obedecen a cánones jurídicos precisos. Todo ello, en suma, producto de la inexistencia de parámetros delimitados para precisar cuándo un determinado candidato ostenta una adecuada "formación jurídica" para el idóneo ejercicio de la función jurisdiccional. La discrecionalidad de cada Tribunal concreto será la que en cada caso pondere y precise este concepto para cada convocatoria de forma casuística.

¹ Como la capacidad formal de argumentación, dominio del vocabulario y lenguaje jurídico, conocimiento profundo y especializado de distintas instituciones jurídicas,...

3. EL DICTAMEN INCLUIDO EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL

3.1. Condiciones y criterios de evaluación del dictamen.

Los dictámenes constituyen la segunda fase del proceso selectivo, siendo diferentes para cada una de las distintas especialidades para las que se convocan este tipo de procesos de selección (civil; penal; contencioso-administrativo; social; previéndose otra convocatoria específica para órganos mixtos, que comparten las jurisdicciones civil y penal). Centraremos el estudio en los dictámenes configurados para las convocatorias relativas a la jurisdicción civil y penal, que se consideran representativas de las diferentes disciplinas jurídicas y de los criterios y parámetros de evaluación que son utilizados por el Consejo General del Poder Judicial en estos procesos de selección.

Los dictámenes versan sobre aspectos sustantivos y procesales de las materias a las que se refiere cada especialidad. En los acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que convocan estos procesos selectivos se establecen como criterios para la valoración de los dictámenes, para todas las especialidades, los siguientes:

- a) La formación jurídica en las materias propias de cada subproceso de la convocatoria.
- b) La actualización y suficiencia de su preparación mediante el conocimiento de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en dichas materias.
- c) La capacidad de argumentación jurídica y razonamiento lógico para alcanzar conclusiones válidas, tanto formal como materialmente.

Se valoran, por tanto, para la evaluación de la prueba: el conocimiento de las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia propia de la especialidad, con un especial énfasis en las novedades surgidas en aquéllas - apartado b- y, en segundo lugar, la capacidad de argumentación, tanto desde una perspectiva formal como material -apartado c-.

Por otra parte, hay que considerar, según se detalla en el Acuerdo de 19 de mayo de 2010, (publicado en el BOE en fecha de 24 de mayo de 2010) del Tribunal

calificador del proceso selectivo convocado por Acuerdo de 29 de diciembre de 2009, que los aspirantes deberán acudir provistos de los textos legales que consideren necesarios para la elaboración del dictamen, aunque prohibiéndose expresamente el posible recurso o auxilio de comentarios (se entienden doctrinales) y de jurisprudencia incorporada.

En última instancia, hay que indicar los criterios que para la realización de las pruebas están incluidos en el contenido de los propios dictámenes. Así, en las “instrucciones generales” del dictamen del orden jurisdiccional Civil correspondiente al año 2008 se indica, en los apartados 5º y 6º: “El Tribunal valorará no sólo el acierto de las respuestas, sino también la calidad de los razonamientos mediante los que éstas se justifiquen. Pueden plantearse alternativas, justificando cada una de ellas.” Se parte de la consideración, por tanto, de que cada cuestión tendría una solución adecuada (el acierto en su respuesta). Estas menciones también se introducen en las instrucciones del dictamen del mismo orden civil del año 2009, donde se indica que “El Tribunal valorará no sólo el acierto de las respuestas y su completitud, sino también la calidad de los razonamientos mediante los que aquellas se justifiquen”, permitiendo la posibilidad de que se planteen y se resuelvan distintas alternativas. Únicamente, en lo concerniente a los dictámenes del orden penal, se introducen estas alusiones en el correspondiente al año 2009, en el que se determina, nuevamente, que: “El Tribunal valorará no solo el acierto de las respuestas y su completitud, sino también la calidad de los razonamientos mediante los que aquellas se justifiquen.”

Es, por tanto, preciso partir de estas bases expuestas para el estudio de esta fase del proceso selectivo. A continuación, se analizarán los dictámenes del orden civil y penal de las convocatorias de los años 2005, 2008 y 2009, relativos a los Acuerdos del Consejo aludidos en el primer apartado de este capítulo, dado que son los procesos selectivos respecto de los cuales disponemos de las pruebas incluidas en los mismos en el momento de la elaboración de este trabajo.

3.2. Dictamen civil.

3.2.1. *Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.*

Resaltante es, en primer lugar, la inexistencia de temario en el desarrollo de estas pruebas, de forma que las mismas pueden versar, se sobreentiende, sobre cualquier materia incluida en la especialidad correspondiente.

Es reseñable, asimismo, en relación con las fuentes del Derecho, la mención incluida en las bases de la convocatoria, según la cual la valoración del dictamen se centra, entre otras cuestiones, en el conocimiento que se acredite de la ley (reformas legislativas), la doctrina científica y la jurisprudencia, especialmente de las novedades introducidas de forma reciente en las mismas.

Pero, si bien se establece con carácter general una valoración similar de los conocimientos en estos tres ámbitos (legal, jurisprudencial y científico), de las condiciones en las que se ha de desarrollar el dictamen se deduce que se otorga una mayor relevancia a los conocimientos sobre doctrina científica y jurisprudencial que a los concernientes a las “fuentes legales”, puesto que estas últimas pueden ser objeto de consulta durante la realización del dictamen mientras que la doctrina y la jurisprudencia no, lo que supone que los opositores han de ostentar, fundamentalmente, un dominio memorístico de la doctrina jurisprudencial y de la doctrina científica, en detrimento de las normas positivas, esencialmente legislativas.

Del contenido de las cuestiones planteadas en los dictámenes se constata que las fuentes del Derecho que constituyen el fundamento de los mismos son la ley (tanto el Código Civil como las leyes especiales en esta materia: Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación,...) y, por otra parte, la jurisprudencia.

No se otorga este protagonismo, por tanto, a las disposiciones de rango inferior de carácter reglamentario. No se alude en las cuestiones planteadas en los supuestos prácticos a principio alguno, tanto desde la perspectiva del Derecho Procesal como del Derecho Civil sustantivo, sin perjuicio de que el examinando pueda aludir a ellos en la

resolución de algunas cuestiones planteadas (por ejemplo, el principio de *restitutum in integrum* respecto del abono de la indemnización, el principio de seguridad jurídica en el ámbito de la prescripción, principio de fe pública registral y de legitimación en el Derecho Hipotecario,...).

En última instancia, hay que destacar que, si bien hay que demostrar en el desarrollo de la prueba un conocimiento jurídico, fundamentalmente, de la doctrina científica y jurisprudencial concerniente a las cuestiones suscitadas, el dictamen exige un ejercicio específico de la actividad interpretativa y argumentativa, aproximándose, en ocasiones, a las exigencias propias de una resolución judicial (por ejemplo, preguntas incluidas en la cuestión 6ª del dictamen de la convocatoria del año 2009²).

3.2.2. Interpretación jurídica.

No se incluyen en las directrices para la evaluación del dictamen criterios precisos para valorar los aspectos que en esta materia ha de desarrollar el opositor, salvo la relativa a la necesidad de demostrar el dominio de conocimientos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales. Habrá que acudir al contenido específico de los dictámenes para analizar de una forma más precisa los aspectos vinculados con la interpretación jurídica que se exigen a los candidatos a magistrado.

En el análisis de la interpretación, que versa tanto sobre Derecho sustantivo como procesal³, diferenciaremos la “interpretación-proceso” de la “interpretación-producto” y, a su vez, dentro de la “interpretación-proceso” distinguiremos entre la “interpretación del Derecho” y la “interpretación de la ley”.

La "interpretación del Derecho" va dirigida, esencialmente, a exigir al opositor una adecuada calificación jurídica de las figuras jurídicas e instituciones presentes en el

² La cuestión contiene, entre otras, las siguientes preguntas: "¿Debe estimarse esta excepción de prescripción o la caducidad? ¿En el caso de que no fuera estimada ninguna de estas excepciones, procedería la estimación de la demanda? ¿Cuáles serían el derecho o derechos vulnerados? ¿Para la estimación de la demanda sería necesario que D. José probase que ha sufrido perjuicios? ¿En caso de que la demanda fuera estimada, qué indemnización debería concederse?"

³ Por ejemplo, cuestión nº 1 del dictamen civil del año 2009, sobre legitimación de las asociaciones de usuarios de servicios públicos, que indica: "¿Está la asociación legitimada? ¿Qué tipo de acción puede ejercitar? ¿Debe intervenir en el procedimiento el Ministerio Fiscal? ¿Qué pronunciamientos pueden hacerse en la sentencia? ¿Si la sentencia concediera indemnizaciones, la ejecución podría extenderse a los transportistas como usuarios del servicio público? ¿Quién podría solicitar la ejecución en este caso?."

relato fáctico incluido en el dictamen, lo que implica un dominio de contenido de la legislación reguladora de las materias sobre las que versa la prueba.

En ocasiones, se exige la relación de diferentes artículos reguladores de una misma figura o institución, como sucede en la pregunta nº 1 del dictamen civil del año 2009⁴, relativo a las acciones, legitimación en los procesos declarativos y de ejecución y pronunciamientos de las sentencias en los supuestos de acciones ejercitadas para la defensa de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios; o la enumeración de las acciones que se pueden ejercitar para la tutela de los derechos en el ámbito de la construcción, que se aprecia en la pregunta 3 del dictamen del año 2008⁵.

Por tanto, la localización de la normativa aplicable al supuesto planteado no es una de las principales dificultades de las pruebas, si bien el conocimiento de la doctrina jurisprudencial existente sobre la normativa vigente es requisito imprescindible para la adecuada calificación jurídica de los hechos y la identificación de las figuras jurídicas presentes en cada caso, que –a su vez– es presupuesto indispensable para un adecuado análisis posterior de las cuestiones que se suscitan en cada uno de los dictámenes.

Por ello, las preguntas de los dictámenes van encaminadas, esencialmente, al ámbito de la "interpretación de la ley", sobre todo al conocimiento de la doctrina jurisprudencial y científica que se ha desarrollado sobre determinadas figuras jurídicas, instituciones o preceptos normativos de especial relevancia. Ejemplo de ello son las preguntas del dictamen de 2009 sobre los perjuicios morales familiares⁶ (que implicaría la delimitación del concepto de daño moral, la distinción y compatibilidad de los diferentes conceptos incluidos en las tablas del Real Decreto 8/2004, especialmente los relativos a los daños morales, con la diferente legitimación que se establece para estos

⁴ Su contenido está reproducido en la anterior referencia.

⁵ Esta pregunta indica: "¿De qué acciones dispone D. Fernando y contra quién para hacer efectiva la posible responsabilidad por los defectos observados? ¿Puede haber caducidad del derecho o prescripción de la acción? Justifíquese con expresión de las normas legales aplicables. ¿Podría exigirse responsabilidad a Promociones S. L., en el caso de que hubiera existido responsabilidad del arquitecto técnico o del constructor? En caso de ser condenada Promociones S. L., ¿podría repetir contra el arquitecto técnico o el constructor, si uno u otro, o ambos, fueran responsables? Justifíquese la respuesta para cada caso con expresión de las normas legales aplicables."

⁶ Concretamente se expresa: "¿Debe concederse la suma correspondiente al factor de corrección por perjuicios morales de familiares? ¿A quién? ¿Por qué cuantía?."

últimos, según los casos), sobre la vivienda adquirida por personas casadas en régimen de sociedad de gananciales⁷ (que requeriría la exposición de la doctrina jurisprudencial construida sobre la adquisición de viviendas mediante la constitución de hipoteca y la interpretación del artículo 1354 del Código Civil), la cuestión relativa al impago de cantidades asimiladas a la renta por el arrendatario⁸ (doctrina jurisprudencial suscitada sobre esta cuestión, que ostentó más importancia respecto de los arrendamientos regulados por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964), la relativa a los acuerdos adoptados por la comunidad de propietarios para la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía⁹ (que exige la exposición de la doctrina jurisprudencial relativa a los mismos y a los diferentes tipos de acuerdos que regula el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal y las mayorías necesarias para su adopción) o las preguntas relacionadas con la Ley 1/1982, reguladora del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen (relativas, entre otras cuestiones, a la naturaleza del plazo establecido legalmente para el ejercicio de la acción para la tutela de estos derechos, el modo en que ha de establecerse dicho cómputo cuando se ha hecho reserva de la acción civil en un proceso penal para ejercitarlo ulteriormente en un proceso civil o la delimitación de los conceptos de cada uno de aquellos derechos¹⁰). La necesaria diferenciación entre la doble venta (artículo 1473 Código Civil y la doctrina que la desarrolla), la venta de cosa ajena o la venta de cosa inexistente, en orden a determinar la regulación de los hechos suscitados en la controversia jurídica, asume el núcleo central del dictamen correspondiente a la convocatoria del año 2005¹¹. Materias que pueden ser ampliadas con la doctrina

⁷ "¿Cómo debe hacerse la liquidación respecto de la vivienda y las cantidades satisfechas por ella?."

⁸ "¿Concurre causa de resolución del contrato? ¿Cabe el desahucio? ¿Puede el inquilino enervar la acción? ¿Cómo y con qué requisitos? ¿Qué ocurre si el inquilino ya ha enervado el desahucio en una ocasión anterior?."

⁹ "¿Es válido el acuerdo? ¿Puede condenarse a D. José a sufragar la instalación del ascensor con cargo a la indemnización obtenida para la adecuación de la vivienda?"

¹⁰ Se contienen las siguientes preguntas: "¿Debe estimarse esta excepción de prescripción o la de caducidad? ¿En el caso de que no fuera estimada ninguna de estas excepciones, procedería la estimación de la demanda? ¿Cuáles serían el derecho o derechos vulnerados? ¿Para la estimación de la demanda sería necesario que D. José probase que ha sufrido perjuicios? ¿En caso de que la demanda fuera estimada, qué indemnización debería concederse?"

¹¹ En el mismo se pregunta: "1.- Si se trata o no de un supuesto de doble venta y cual sería, en su caso, la regla aplicable. 2.- Qué valor tiene en el caso la inscripción de las cuotas indivisas en el Registro de la Propiedad de la Propiedad. 3.- Cómo se ha producido en el caso el título constitutivo de la propiedad

científica que ha surgido sobre las distintas materias que se plantean en el desarrollo del dictamen.

Por lo tanto, el dictamen tendría como uno de sus principales objetos la concreción de los términos y los conceptos de las normas legislativas (que son las que protagonizan la fundamentación jurídica de la prueba) para salvar la ambigüedad de los preceptos legislativos, la generalidad de sus conceptos generales o la discrecionalidad que, en ocasiones, el legislador concede al intérprete (como en la determinación de la indemnización por la vulneración del derecho al honor, la intimidad o a propia imagen). No se plantea, por tanto, una problemática específica sobre conflictos normativos, contradicciones entre normas del ordenamiento (entre Derecho nacional o de la Unión Europea o entre fuentes normativas nacionales) o sobre las lagunas del Derecho (supuestos no regulados por el Derecho positivo o por la jurisprudencia), pues las cuestiones suscitadas reproducen supuestos sobre los que existe una consolidada doctrina jurisprudencial.

Respecto de la "interpretación-producto", es destacable que las instrucciones generales de los dictámenes establezcan que el Tribunal valorará, no sólo el acierto de las respuestas y su completitud, sino también la calidad de los razonamientos mediante los que aquéllas se justifiquen, de lo que se podría inferir que en la resolución del dictamen se admitiría una única respuesta válida para cada cuestión, aunque se valore también, no sólo la respuesta final, sino el contenido de la argumentación en virtud de la cual se llegue a la conclusión o decisión. El hecho de que los dictámenes contengan casos fáciles¹², en la acepción que de los mismos ha sido admitida en el presente trabajo, facilitaría la inclusión de este criterio de evaluación. En todo caso, es lo cierto que en algunas de las cuestiones planteadas sería admisible un mayor grado de discrecionalidad, como, por ejemplo, en la pregunta nº 6 del dictamen de civil de la

horizontal y con qué eficacia. 4.- Si los adquirentes de plazas de garaje tienen o no la condición de terceros hipotecarios. 5.- Qué valor y qué eficacia hay que conceder a la configuración como garaje de un local en la propiedad horizontal."

¹² Nos referimos a supuestos de hecho anteriormente enjuiciados por los tribunales superiores sobre los que ya existe una respuesta nítida desde el Derecho. Contraponemos, de esta forma, los casos fáciles, en los que el significado de las reglas permite establecer con claridad cómo ha de decidirse conforme a Derecho un determinado caso, de los difíciles, en los que el sistema jurídico no prevé una evidente solución al supuesto concreto, en los que el Derecho no es explícito. En los casos fáciles incluiríamos aquellos sobre los que ya existe una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la cuestión jurídica controvertida.

convocatoria del año 2009, relativa la determinación del *quantum* de una indemnización por vulneración del derecho al honor, intimidad o la propia imagen o la concreción de esa indemnización en los supuestos de accidente de circulación¹³.

Asimismo, contrastando los diferentes dictámenes de las distintas convocatorias se pueden introducir matices entre los mismos. En primer lugar, es reseñable que las cuestiones que se suscitan en los diversos dictámenes son en unas ocasiones más diversas y heterogéneas que en otros. Así, mientras que el dictamen del año 2005 no contiene cuestiones de índole procesal y se centra, esencialmente, en el estudio del artículo 1473 del Código Civil y la venta de cosa ajena en relación a las ventas de cuotas indivisas de plazas de garaje sitas en un inmueble en régimen de propiedad horizontal (cuotas no definidas físicamente de un bien sobre el que existe un régimen de comunidad), en los dictámenes posteriores se exige el dominio de materias más variadas, algunas de ellas también de naturaleza procesal. Así, en el dictamen del año 2008¹⁴ se incluyen, conjuntamente, preguntas relativas, entre otras cuestiones, al contrato de arrendamiento de vivienda, propiedad horizontal, vicios de la construcción, intervención provocada, responsabilidad extracontractual derivada por accidente de tráfico y la liquidación de la sociedad de gananciales.

En segundo lugar, la perspectiva desde la cual se formula la pregunta, en ocasiones, es diferente. Mientras que en el dictamen correspondiente a la convocatoria 2005 se plantean cuestiones jurídicas en términos más similares a las que se suscitan a los jueces, en orden a examinar si concurre una determinada figura jurídica previamente calificada como tal por las partes, encaminadas, por tanto, más a la “interpretación de la ley” (es decir, dirigidas al análisis de un precepto o institución concreta), en cuestiones incluidas en otros dictámenes la interpretación estaría más dirigida hacia la “interpretación del Derecho”, con el objeto de que el candidato a magistrado precise la normativa y la figura jurídica (sustantiva o procesal) que estaría presente en un determinado supuesto fáctico, otorgando al futuro magistrado una posición más propia,

¹³ Aludida con anterioridad: “¿Debe estimarse esta excepción de prescripción o la caducidad? ¿En el caso de que no fuera estimada ninguna de estas excepciones, procedería la estimación de la demanda? ¿Cuáles serían el derecho o derechos vulnerados? ¿Para la estimación de la demanda sería necesario que D. José probase que ha sufrido perjuicios? ¿En caso de que la demanda fuera estimada, qué indemnización debería concederse?”.

¹⁴ El contenido íntegro de las cuestiones de este dictamen se encuentra en el anexo.

en ocasiones, de la faceta jurídica de los abogados (v. gr., cuestiones nº 3 y 6 del dictamen de la convocatoria del año 2008¹⁵).

3.2.3. Argumentación.

En el ámbito de la argumentación, diferenciaremos la concepción material de la formal. Desde la primera perspectiva, es evidente que se han de utilizar en la resolución del dictamen tanto las razones jurídicas como las extrajurídicas, si bien estas últimas con la particularidad de que los hechos que sustentan la resolución de la prueba (los hechos probados) ya vienen determinados en las cuestiones del dictamen. No se plantea, en general, actividad alguna relativa a la admisión de la prueba, por lo que los aspectos fácticos quedan relegados en la resolución del dictamen. En suma, no se requiere una argumentación adicional para la fijación de los hechos probados sobre los que el intérprete (opositor) ha de partir para la elaboración del dictamen, si bien en algún caso sólo se describe en el enunciado del dictamen el resultado de distintos medios probatorios, con el objeto de que el opositor delimite de forma definitiva los hechos que considera probados y que, por tanto, considere relevantes jurídicamente para la resolución del caso, como sucede en la pregunta 6 del dictamen del año 2009¹⁶. Esta constatación no excluye, necesariamente, la posible aplicación de las normas sobre carga de la prueba en la resolución del dictamen, a las que se recurriría cuando los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes no han sido plenamente acreditados (todo ello, en todo caso, en relación al relato fáctico que se contiene en cada dictamen).

¹⁵ Pregunta 3: "¿De qué acciones dispone D. Fernando y contra quién para hacer efectiva la posible responsabilidad por los defectos observados? ¿Puede haber caducidad del derecho o prescripción de la acción? Justifíquese con expresión de las normas legales aplicables. ¿Podría exigirse responsabilidad a Promociones S. L., en el caso de que hubiera existido responsabilidad del arquitecto técnico o del constructor? En caso de ser condenada Promociones S. L., ¿podría repetir contra el arquitecto técnico o el constructor, si uno u otro, o ambos, fueran responsables? Justifíquese la respuesta para cada caso con expresión de las normas legales aplicables." Pregunta 6: "¿Qué procedimiento debe seguirse y ante quién? Justifíquese la respuesta con expresión de las normas legales aplicables".

¹⁶ Se expone en la pregunta del dictamen: "...El presidente de la comunidad, como demandado, alega prescripción de la acción por el transcurso del plazo de un año fijado por el Código Civil para el ejercicio de las acciones por responsabilidad extracontractual y, subsidiariamente, caducidad...D. José no conoció el anuncio hasta que pudo acceder al zaguán. El presidente de la comunidad alega que pudo conocer el texto del anuncio porque se lo remitió a su domicilio por correo ordinario. En el interrogatorio D. José admite que lo recibió, aunque a preguntas de su abogado, afirma que no sabía que se iba a publicar en el tablón de anuncios."

Respecto de las razones jurídicas, son determinantes las incluidas en las disposiciones legales, así como la jurisprudencia existente sobre las materias planteadas (también, entendemos, la doctrina científica). Por el contrario, los principios y los valores no asumen protagonismo en la resolución del dictamen. Asimismo, junto a las razones prácticas, que fundamentan el centro de las cuestiones planteadas, gozan de gran y especial relevancia las no prácticas, en la medida en que son las que permiten establecer una interpretación concreta de los preceptos legales, de los conceptos empleados en ellos o de los derechos reconocidos en los mismos, los cuales deben ser empleados como eje central de las preguntas y la problemática suscitada en la prueba.

El razonamiento justificativo estaría presente, en la medida en que se pretende sustentar la decisión final (las respuestas al dictamen) en virtud de la doctrina jurisprudencial vigente. Por tanto, no sólo se exige que la decisión sea razonable, sino que también sea, en la medida de lo posible, coherente con precedentes preexistentes sobre la materia planteada, sobre todo con los más recientes.

Desde una perspectiva formal, las cuestiones planteadas requieren la estructuración de un discurso similar al de una sentencia. Incluso, se alude expresamente a los pronunciamientos de la hipotética sentencia en alguna cuestión, como en la pregunta 1 del dictamen del año 2009, que alude expresamente a ello, aunque en otras ocasiones, como ya se ha señalado, se adopte la posición más propia de un abogado, potenciando la "interpretación del Derecho".

En los distintos dictámenes aparecen los diferentes esquemas argumentativos estudiados, tanto el subsuntivo, como el finalista y el de la ponderación. El primero en las preguntas que encuentran su fundamento jurídico en las normas (ya sean legales o jurisprudenciales) que imponen la subsunción del hecho en las mismas, lo que sucede en la mayor parte de las cuestiones formuladas en los dictámenes (por ejemplo, la pregunta relativa a liquidación de la vivienda, pregunta 3 del dictamen del año 2009¹⁷). El esquema finalista estaría puntualmente presente en aquellos supuestos en los que la norma impone al intérprete la consecución de un objetivo concreto, como sucede en la indemnización del daño moral, en relación con los criterios para la total reparación del

¹⁷ "¿Cómo debe hacerse la liquidación respecto de la vivienda y las cantidades satisfechas por ella?."

daño moral, establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 1/1982 (pregunta nº 6 del dictamen del año 2009, anteriormente aludida). La ponderación se exigiría en aquellos supuestos en los que, como refiere Guastini¹⁸, se precisa la construcción de una "jerarquía axiológica móvil entre dos principios" (o derechos), es decir, la atribución a uno de los dos un mayor peso, pero sólo para un supuesto concreto, puesto que dicha relación puede ser diferente en otro supuesto distinto. Y si bien es cierto que hemos referido que el papel de los principios es secundario en la resolución del dictamen, en las cuestiones que se formulan sobre la efectividad y reconocimiento de derechos fundamentales, como sucede con las relativas al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (pregunta 6 del dictamen de 2009¹⁹), es evidente que se requiere el recurso a este esquema argumentativo para superar el conflicto que se plantea entre la libertad de expresión y de información y el ejercicio de los tres derechos ya referidos, enumerados en el artículo 18.1 de nuestra Constitución. En todo caso, el protagonismo en la argumentación material está asumido por el esquema subsuntivo, puesto que la utilidad de los restantes es ocasional.

3.2.4. Síntesis y relación con los modelos de juez.

3.2.4.1. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

La fuente del Derecho que es imprescindible y que mayor protagonismo tiene en la resolución del dictamen es la ley, presente tanto el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil como la legislación especial sobre la materia (Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley Hipotecaria, Ley de Propiedad Horizontal,...). Las disposiciones de rango inferior y los principios no tienen esta relevancia. La norma constitucional y la doctrina del Tribunal Constitucional no asumen un papel considerable en el diseño de los dictámenes, salvo en el objeto de la pregunta 6 del dictamen de 2009, que alude a la tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia

¹⁸ GUASTINI, R. "Los principios de derecho y discrecionalidad judicial". *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 34. 1999. Pág. 44.

¹⁹ "¿Debe estimarse esta excepción de prescripción o la caducidad? ¿En el caso de que no fuera estimada ninguna de estas excepciones, procedería la estimación de la demanda? ¿Cuáles serían el derecho o derechos vulnerados? ¿Para la estimación de la demanda sería necesario que D. José probase que ha sufrido perjuicios? ¿En caso de que la demanda fuera estimada, qué indemnización debería concederse?."

imagen. La jurisprudencia, en cambio, asume una posición muy determinante en el contenido de las respuestas del dictamen.

En virtud de lo expuesto se puede considerar que la concepción del Derecho sobre la que se sustenta el dictamen supera la del juez legalista, propia de la Escuela de la Exégesis, en la medida en que se valoran de forma determinante los conocimientos que sobre la jurisprudencia tiene el opositor, aunque tendría en común el modelo de dictamen con esta teoría la relevancia que se otorga a la doctrina científica, que sí era admitida por esta Escuela como argumento en el que fundamentar las resoluciones judiciales. Kelsen, si bien otorgó relevancia a la interpretación doctrinal, la distinguió claramente de la interpretación que desarrollan los órganos encargados de la aplicación del Derecho. El necesario recurso a la jurisprudencia, valorado en el contenido del dictamen y cuyo recurso es imprescindible para su resolución, implica, además, el reconocimiento de que la ley no goza de la precisión y claridad que le otorga esta Escuela jurídica.

Por otra parte, no se deduce de los problemas planteados en los dictámenes una preocupación relevante en la sistematización de las diferentes normas o en las fuentes del Derecho (el Derecho como sistema, propio del juez formalista), si bien es evidente que el intérprete en el desarrollo del dictamen ha de partir del sistema jurídico existente. La menor valoración que se otorga al conocimiento del Derecho positivo (los Códigos pueden ser consultados durante el desarrollo de la prueba) ahonda aún más en esta constatación.

No obstante, los postulados propios del juez formalista y creador (positivistas) que otorgan una importancia esencial a la ley como fuente del Derecho están representados en las cuestiones que se plantean en los dictámenes. La escasa relevancia otorgada a los principios, las múltiples cuestiones planteadas sobre las disposiciones legislativas y la valoración que se otorga a la correcta selección de la normativa legal aplicable así lo corrobora²⁰, de forma que estos aspectos permiten vislumbrar la concepción del Derecho como sistema.

²⁰ La pregunta nº 1 del dictamen de 2008 dispone: "¿Que derechos asisten a D. Juan y a D.^a María frente al propietario que no ha ocupado la vivienda? Justifíquese con expresión de las normas legales aplicables." La pregunta 3 del mismo dictamen añade: "¿De qué acciones dispone D. Fernando y contra

Hay que considerar, asimismo, que la prueba supone un ejercicio de interpretación y argumentación, pretendiendo que el aspirante a magistrado demuestre un adecuado conocimiento de la doctrina jurisprudencial existente sobre las materias planteadas. Así, en el desarrollo del dictamen no solo se ha de mostrar una actividad interpretativa y argumentativa mediante el recurso a la doctrina jurisprudencial, sino una coherencia con los precedentes previos sobre las materias objeto del dictamen, en tanto en cuanto el conocimiento de las novedades jurisprudenciales sobre éstas es un aspecto que expresamente se resalta como trascendente para su evaluación. Asimismo, dicho conocimiento es imprescindible para la resolución de la mayor parte de las cuestiones planteadas, dado que la doctrina jurisprudencial es la que permite precisar los elementos configuradores de cada institución y la concreción, por ende, del ámbito de aplicación de las diversas figuras jurídicas. Por ello, el necesario recurso a la jurisprudencia y el hecho de que el conocimiento de ésta, junto a la doctrina científica, sea el elemento principalmente valorado en el desarrollo de la prueba, nos aproximarían a la consideración del juez integrador dworkiano del Derecho como práctica social, que no se concibe como una realidad ya dada o como un conjunto de normas establecidas, sino como una actividad, un proceso que funde la teoría con la práctica y que postula una argumentación jurídica racional y justificada del Derecho. Pero, ciertamente, esta conexión con la teoría dworkiana sería parcial, en la medida en que en el cuestionario de los dictámenes no introduce elementos para ponderar aspectos que Dworkin sitúa en el eje de la actividad interpretativa (los juicios evaluativos y la actitud interpretativa que los mismos conllevan,...).

3.2.4.2. Interpretación jurídica.

Las cuestiones que se plantean en el dictamen civil se centran, esencialmente, en las dificultades que ya fueron concretadas por Hart como cuestiones problemáticas en la interpretación de las normas, cuales eran la ambigüedad de las mismas, la necesidad de concretar el significado de sus términos generales (su *textura abierta*) y la concreción de los ámbitos de discrecionalidad que concede el legislador. No se constata tanto la

quién para hacer efectiva la posible responsabilidad por los defectos observados? ¿Puede haber caducidad del derecho o prescripción de la acción? Justifíquese con expresión de las normas legales aplicables." La pregunta 6 reitera esta referencia a la ley: " ¿Qué procedimiento debe seguirse y ante quién? Justifíquese la respuesta con expresión de las normas legales aplicables."

problemática en las contradicciones o las lagunas normativas, máxime al tratarse en los dictámenes cuestiones ya tratadas y analizadas previamente por la jurisprudencia.

Se pretendería, así, que el intérprete, en primer lugar, localizara los preceptos legales que regulan la cuestión planteada para, con posterioridad, superar las situaciones anteriormente aludidas mediante el recurso, esencialmente, a la doctrina jurisprudencial, para su ulterior aplicación al caso enjuiciado. En última instancia, el opositor ha de valorar, asimismo, las circunstancias particulares (hechos probados) que se refieren en el enunciado del dictamen para concretar la decisión final. No se plantea, por tanto, la resolución de casos difíciles o límite (que no tienen una respuesta nítida o ya consolidada en nuestro Derecho) ni se centra el debate en los términos de la tutela de los derechos de los litigantes (con la excepción de la pregunta 6 del dictamen del año 2009 sobre los derechos tutelados por la Ley 1/1982). Es decir, esencialmente, se trataría de resolver *casos fáciles* (en la acepción comprendida en este trabajo), pero en los que existe una prolija doctrina jurisprudencial (y científica) sobre los mismos, cuyo conocimiento es necesario para un adecuado pronunciamiento.

El nivel de conocimientos de doctrina jurisprudencial que se exige para la elaboración del dictamen permite descartar que la prueba se conciba desde el modelo de la interpretación propio del juez legalista. También, incluso, del juez activista, en la medida en que el dominio de las normas emanadas desde la jurisprudencia presupone la sujeción a la misma, condicionando, por tanto, que el candidato pueda proponer en la resolución del dictamen soluciones determinadas por el contexto social o por objetivos de dicha índole. Además, el hecho de que se introduzca como criterio de evaluación el acierto de las respuestas (según se reconoce en las “instrucciones generales” de los dictámenes) y de que los supuestos sometidos a resolución sean *casos fáciles*²¹ limita, entendemos, la posibilidad de que el examinando pueda sostener en la prueba nuevos criterios de interpretación que puedan discrepar o modificar los mantenidos por los precedentes jurisprudenciales previos. Nos alejaríamos, por ello, de este modelo de juez,

²¹ Nos referimos, como hemos aludido con anterioridad, a supuestos de hecho anteriormente enjuiciados por los tribunales superiores sobre los que ya existe una respuesta nítida desde el Derecho. Contraponemos, de esta forma, los casos fáciles, en los que el significado de las reglas permite establecer con claridad cómo ha de decidirse conforme a Derecho un determinado caso, de los difíciles, en los que el sistema jurídico no prevé una evidente solución al supuesto concreto, en los que el Derecho no es explícito. En los casos fáciles incluiríamos aquellos sobre los que ya existe una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la cuestión jurídica controvertida.

aunque hay que reconocer que la relevancia que la doctrina científica asume en los criterios de evaluación de los dictámenes podría favorecer un mayor ámbito de discrecionalidad en la interpretación que ha de desarrollar el examinando, si bien en las instrucciones y bases de las convocatorias nada se concreta sobre la posición que en la resolución del dictamen ha de asumir esta doctrina.

Pero, partiendo de los criterios de evaluación de la prueba, se deduce, inicialmente, que en la “interpretación-producto” no se permitiría un margen amplio de discrecionalidad sino, más bien, una sujeción a la doctrina jurisprudencial ya establecida sobre las instituciones sobre las que versa la prueba, sin perjuicio de que el opositor pueda exponer doctrina que pueda ser discrepante con la sostenida por los Tribunales superiores. Únicamente, la inconcreción que sobre aspectos del relato fáctico ofrecido en el dictamen permitiría, en ocasiones, ofrecer la posibilidad al candidato de optar por diversas soluciones en la resolución del dictamen. Las opciones que se podrían plantear por el opositor se fundarían, por tanto, más en matices vinculados a los aspectos fácticos y probatorios que sobre el ámbito estrictamente jurídico. De ahí, entendemos, que en las instrucciones generales se indique la posibilidad de que el candidato pueda plantear distintas alternativas.

En todo caso, lo que se aprecia en el contenido de las distintas convocatorias es la ausencia de parámetros jurídicos para delimitar con precisión los términos en los que deben ser valoradas las diversas facetas de la actividad interpretativa y argumentativa. El concepto de “formación jurídica”, aludido como primer parámetro de evaluación en las respectivas convocatorias, que no aporta mayores concreciones en este sentido, ahonda en esta conclusión. La ausencia de tales criterios no permite, en suma, vincular la concepción de la prueba a un modelo muy definido de juez. No obstante, a la vista de las condiciones impuestas en el dictamen, prueba de una duración determinada y en la que los conocimientos jurisprudenciales han de estar memorizados, del tipo de casos que son seleccionados para la realización del dictamen (*casos fáciles*, es decir, analizados previamente por la jurisprudencia), por las fuentes del Derecho que han de ser utilizadas en su resolución, por la problemática incluida en las cuestiones planteadas en los dictámenes, por las propias condiciones y criterios establecidos en la valoración de la prueba (se exige, por ejemplo, el conocimiento de los precedentes jurisprudenciales “más recientes”), por la posibilidad de que se incorporen aportaciones

científicas -que permiten introducir en la resolución del dictamen nuevas propuestas de *lege ferenda* o criterios doctrinales no mantenidos por los precedentes existentes-, son los criterios propios del juez creador los que entendemos están más presentes en la concepción de la prueba desde la perspectiva de la interpretación jurídica.

3.2.4.3. Argumentación.

Ha de ser valorado positivamente el hecho de que los diferentes dictámenes incluyan como criterios de evaluación directrices específicas vinculadas a la dimensión formal y material de la argumentación (concretamente, "la capacidad de argumentación jurídica y de razonamiento lógico para alcanzar conclusiones válidas, tanto formal como materialmente"). Pero no se precisan más elementos para delimitar y valorar los aspectos o criterios vinculados a la dimensión material de la actividad argumentativa. En todo caso, el desarrollo de un razonamiento justificativo en la realización de la prueba sería apreciado de forma limitada, en la medida en que lo que más se valora en su examen es el dominio de los precedentes "previos", más inmediatos, y no tanto el desarrollo de la posible evolución de los mismos o los principios en los que estos se han fundado. Ciertamente, el hecho de que esta doctrina deba ser memorizada para la elaboración del dictamen limita el desarrollo de esta faceta argumentativa (la justificación de la decisión).

No obstante lo referido, valorando la relevancia que ostentan las razones jurídicas, esencialmente las legales, la limitación existente en el ámbito de las razones extrajurídicas (los hechos probados vienen configurados en el contenido de la prueba) y de las razones morales, el papel secundario que se otorga en el dictamen a los principios y a los valores respecto de las fuentes legales y la importancia que asume el esquema subsuntivo frente a la ponderación nos incardinan en el ámbito del juez creador, el cual asumiría, así, el modelo argumentativo exigido para la resolución de esta prueba.

El recurso a la jurisprudencia y, en esta línea, la existencia de una argumentación orientada hacia la justificación de la decisión, en la medida en que ha de basarse en los más recientes precedentes jurisprudenciales, no se consideran óbice para llegar a esta conclusión, puesto que desde el modelo del juez creador también se valora la

jurisprudencia como una fuente más que analizar para la adecuada resolución de los litigios.

3.3. Dictamen penal.

3.3.1. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

No existe, al igual que en el dictamen civil, temario para el desarrollo de esta prueba, entendiéndose que el mismo está delimitado por el conjunto de figuras delictivas contempladas en el Código Penal y en la legislación especial y por la regulación que sobre el proceso penal se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el dictamen relativo a la especialidad penal, dadas las características de este sector del Derecho, donde rige el principio de legalidad y de reserva de ley (artículos 1, 4, 9 y 10 Código Penal), es la ley la fuente del Derecho que preside el dictamen²², si bien acompañada por la jurisprudencia ordinaria y con una considerable influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional, al plantearse en múltiples de las cuestiones suscitadas la procedencia de la adopción de diligencias o medidas cautelares que afectan de una forma muy directa al ejercicio de diversos derechos fundamentales (especialmente de los imputados, procesados o acusados en los procesos penales) o aspectos vinculados con el cumplimiento de las penas (como, por ejemplo, en la interpretación que el Tribunal Constitucional desarrolló del antiguo artículo 58 del Código Penal, sobre el cómputo del plazo de prisión provisional, cuestión 6ª del dictamen de la convocatoria de 2009²³).

Esta última consideración permitiría incluir en la resolución del dictamen referencias de la jurisprudencia de Tribunales internacionales, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o al contenido de Convenios Internacionales, en la medida en que la doctrina proveniente de estas fuentes ostenta gran repercusión en las materias vinculadas con los

²² La reserva se presenta, incluso, como reserva de ley orgánica en numerosos ámbitos, concretados por la STC 25/1984, la cual establece la aludida reserva a aquellos supuestos en los que el objeto de las normas sancionadoras sean los derechos fundamentales.

²³ "¿Quién es competente para la liquidación de la condena? ¿Cómo debe fijarse la condena fijando el tiempo total de cumplimiento de las penas?"

derechos fundamentales, si bien en los criterios de evaluación no se concreta aspecto alguno sobre ello.

Las restantes fuentes del Derecho asumirían un papel secundario, sin perjuicio de la posibilidad de que el opositor recurra en la resolución de las cuestiones planteadas a determinados principios creados o declarados por la jurisprudencia (por ejemplo: principios del *favor libertatis*; principio *in dubio pro libertate*, en el ámbito de la medida de prisión provisional; principio de proporcionalidad, para la valoración de las circunstancias concurrentes en la ponderación de los derechos fundamentales afectados por determinadas diligencias de investigación, como una entrada y registro o la intervención de comunicaciones; principio de provisionalidad, en el ámbito de las medidas cautelares; etcétera²⁴).

Los valores, en la medida en que la doctrina sobre los derechos fundamentales está muy presente en el contenido de los dictámenes, podrían ser incluidos en las respuestas solicitadas como una referencia axiológica contemplada por nuestra Constitución, vinculada a la jurisprudencia sobre aquellos derechos. En todo caso, los criterios de evaluación no incluyen referencia alguna a aquellos.

Hay que reiterar también lo afirmado anteriormente respecto de la valoración que se otorga a los conocimientos relativos a la doctrina jurisprudencial y científica, que comprenden el núcleo del saber exigido a los opositores, frente al Derecho positivo, que puede ser consultado durante la elaboración del dictamen.

3.3.2. Interpretación jurídica.

No se incluyen en las directrices de evaluación del dictamen, al igual que en los dictámenes del orden civil, criterio alguno para concretar los términos en los que se han de evaluar los aspectos vinculados a la interpretación jurídica. Únicamente se alude a la acreditación de conocimientos concernientes a la doctrina jurisprudencial y científica y a las novedades legislativas.

²⁴ Entre estas cuestiones podemos mencionar la cuestión sexta del dictamen de la convocatoria de 2008, ciertamente abierta: "Cuestiones de índole procesal/derechos fundamentales." Pregunta 3 del dictamen el correspondiente a la convocatoria del año 2009: "¿Procede la adopción de la medida cautelar respecto de Fernando y el vecino? ¿Cuál? ¿Cuáles son los requisitos y el procedimiento adecuado para ello?."

Estructuraremos el análisis examinando de forma autónoma la interpretación en el ámbito del Derecho sustantivo y la interpretación en el Derecho Procesal. En cada uno de estos dos ámbitos distinguiremos, a su vez, entre la interpretación-proceso (en la que también diferenciaremos entre “la interpretación del Derecho” y la “interpretación de la ley”) y la interpretación-producto.

Dentro de la “interpretación del Derecho”, y respecto del Derecho Penal sustantivo, se plantea en los dictámenes la dificultad de delimitar adecuadamente los delitos presentes en el supuesto planteado, ante la posible concurrencia de distintas normas penales (concurso de normas penales). Por ejemplo, si la violencia o la coacción utilizada por el autor se encuentra ínsita en un solo tipo penal o da lugar a distintos delitos, si concurre un delito continuado,...Por ende, el candidato ha de precisar, en su caso, el tipo de concurso de delitos concurrente (real, ideal o medial,...), al efecto de establecer la adecuada penalidad para las conductas punibles apreciadas. Cuestiones, éstas, más presentes en los dictámenes correspondientes a las convocatorias de los años 2008 y 2009²⁵.

En todo caso, para este proceso de interpretación será necesario una previa “interpretación de la ley” (mediante el recurso a la doctrina jurisprudencial y científica) respecto de cada uno de los tipos penales que pudieran concurrir en el supuesto dado (al efecto de conocer los requisitos de cada tipo penal, cuándo pueden los mismos constituir un delito autónomo o en qué términos puede ser calificado el concurso de delitos concurrente, en su caso), así como de los preceptos penales donde se regulan los tipos de concursos de delitos (artículos 73 y siguientes del Código Penal).

También se exige un estudio de aspectos relevantes y necesarios para la adecuada interpretación de los tipos penales descritos en el Código Penal (como la

²⁵ En el dictamen de la convocatoria 2008 sólo se alude en el enunciado de la pregunta a “Calificación jurídica”. En relación al supuesto de hecho planteado se podría plantear, por ejemplo, si la retención que se produce sobre las víctimas del robo durante dos horas constituye un delito de coacciones, detención ilegal o si, por el contrario, ha de incluirse como un elemento propio de la violencia incluida en el tipo penal que regula el delito de robo. En el dictamen relativo al año 2009 se cuestiona si los distintos robos con fuerza constituyen cada uno un delito distinto o si concurre un delito continuado. Se pregunta, en este sentido: “¿Cómo deben ser calificados los hechos que se imputan a Fernando? ...¿Concurren uno o varios delitos? ... ¿Cómo podría calificarse la conducta del vecino? ... ¿Hay concurso de delitos? ¿Hay concurso de penas?.”

cantidad de droga de “notoria importancia” en el delito contra la salud pública²⁶; el tipo de delito: de resultado, actividad, de peligro abstracto, concreto,...; el estudio del concepto de “violencia” o de la “ajenidad” en el ámbito de los delitos contra el patrimonio²⁷; etcétera), el análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y la participación delictiva (estudio de las teorías que distinguen la autoría y la complicidad: abstracta y concreta, y dentro de ella, las teorías del dominio del hecho y de los bienes escasos, por ejemplo) y, por último, los aspectos relativos al cumplimiento de las penas (como la suspensión de las mismas²⁸ o los relativos a su liquidación²⁹, en los que se incluiría la doctrina jurisprudencial suscitada respecto a la interpretación del artículo 58 del Código Penal, relativa al cómputo de las penas privativas de libertad).

Se requiere, por tanto, que mediante el recurso a la doctrina jurisprudencial y científica el opositor precise y desarrolle los conceptos y términos que integran los preceptos penales para concretar el ámbito de aplicación de cada uno de los distintos tipos penales.

En suma, en lo relativo al Derecho sustantivo las dificultades que se suscitan se deben, esencialmente, a las contradicciones entre distintas normas (posible concurso de normas para subsumir unos mismos hechos en distintos tipos penales) y a la generalidad y la ambigüedad de los conceptos de las normas penales, que exigen su concreción mediante el recurso a la doctrina científica y jurisprudencial. La discrecionalidad podría concurrir en los supuestos relativos a la concreción de las penas a imponer o a la

²⁶ Apartados 8 y 9 del relato fáctico contenido en el dictamen de la convocatoria de 2008.

²⁷ Calificación de los delitos que podrían concurrir en los hechos relatados en el dictamen de la convocatoria de 2005 (sustracción de una colección de cuadros propiedad de ambos cónyuges una vez separados de hecho e iniciados los trámites de divorcio).

²⁸ Pregunta 5 del dictamen de la convocatoria de 2009: “¿Debe concedérsele una u otra suspensión (de la pena de prisión)? ¿Qué requisitos hay que reunir para ello?”.

²⁹ Pregunta 6 del dictamen de 2009 (“¿quién es competente para la liquidación de la condena? ¿cómo debe liquidarse la condena fijando el tiempo total de cumplimiento de las penas?”), pregunta 4 del dictamen de 2005 (“¿qué penas serían aplicables en el caso de ser declarada la penalidad?”), cuestión 4 del año 2008 (“penalidad”).

suspensión de las mismas (por ejemplo, pregunta 4 del dictamen de 2005³⁰, pregunta 4 del dictamen de 2008³¹, preguntas 4 y 5 del dictamen de 2009³²).

Sin embargo, por los principios propios del Derecho Penal no se producirían tales dificultades en el ámbito de las lagunas del Derecho, pues si el juez considera que un determinado supuesto no está contemplado en un determinado o determinados tipos penales se ha de absolver al acusado. Se aplicaría, en este sentido, la cláusula de cierre kelseniana, del juez formalista, lo que se fundamenta en la vigencia en el Derecho Penal del principios de legalidad y tipicidad (artículos 1, 2 y 4 del Código Penal), así como la prohibición de la analogía.

En el área del Derecho Procesal las dificultades que se plantean en el ámbito de la “interpretación-proceso” se concentran, no en las contradicciones entre preceptos legales, sino en la generalidad, la ambigüedad y los ámbitos de discrecionalidad que concurren en las normas reguladores de las medidas cautelares y de las diligencias que afectan a los derechos fundamentales. No se plantea especial complejidad en la selección de la normativa aplicable, si bien en el ámbito de la “interpretación de la ley” se suscita una mayor dificultad, fundamentalmente vinculada con la adopción de las medidas y diligencias que afectan a la efectividad de los derechos fundamentales (la adopción de una entrada y registro, la prisión provisional o la intervención de comunicaciones), lo que exige el desarrollo de la doctrina jurisprudencial existente sobre los preceptos legales reguladores de la adopción de tales diligencias y la relativa a los derechos fundamentales afectados y la surgida para decidir incidencias que pueden concurrir en el ámbito de estas diligencias (por ejemplo, los “hallazgos causales” en una entrada y registro).

Por ello, se exige que el opositor desarrolle el articulado que regula cada una de las diligencias o medidas cautelares referidas en el dictamen y la doctrina sobre los derechos fundamentales afectados para resolver, finalmente, si es legalmente procedente

³⁰ “¿qué penas serían aplicables en el caso de ser declarada la penalidad?”.

³¹ “Penalidad”.

³² Pregunta 4: “¿es válida la prueba así obtenida para la persecución de un delito de tráfico de drogas?”. Pregunta 5: “¿Debe concedérsele una u otra suspensión (de la pena de prisión)? ¿Qué requisitos hay que reunir para ello?”.

y respetuosa con tales derechos la adopción de la diligencia correspondiente. En este caso no se estaría ante un concurso de normas en el que habría que descartar la aplicación de una de ellas, como sucedería en el Derecho Penal sustantivo, sino ante la presencia de un conflicto entre el *ius puniendi* estatal y un determinado derecho fundamental en el que se ha de precisar cuál de ellos ha de prevalecer, previa ponderación de la doctrina jurisprudencial que desarrolla y conceptúa el derecho fundamental, a las condiciones y parámetros que para su ponderación ha delimitado la jurisprudencia y, en definitiva, al valor o peso que se concede al mismo en el supuesto dado.

En el ámbito de la “interpretación-producto” hay que resaltar que en el dictamen penal relativo a la convocatoria del año 2009, no así en los precedentes, también se incluye como criterio de valoración el acierto en las respuestas y su completitud, aunque se añade que se ponderarán también los razonamientos mediante los cuales se justifiquen las respuestas. Es decir, se parte de la consideración de que existe una respuesta correcta para cada cuestión o, en todo caso, un ámbito de discrecionalidad muy limitado en la resolución del dictamen, que podría ser más amplio en ciertos supuestos (en el ámbito de la responsabilidad civil, la concreción de la penalidad concreta o en la procedencia de la adopción de diligencias que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales).

En última instancia, es reseñable el hecho de que las cuestiones estén formuladas en numerosas ocasiones desde una perspectiva jurídica más propia de la parte acusadora del proceso penal que desde la posición del juez, en la medida en que se exige en aquéllas la concreción de la calificación jurídica de los hechos punibles cometidos (cuestiones 2 y 3 del dictamen del año 2005³³ o las cuestiones del dictamen del año 2008³⁴, cuyo contenido sería similar a un escrito de acusación del Ministerio Público). Ello potencia un desarrollo de la “interpretación del Derecho” más amplio que el que en el proceso Penal se impone ordinariamente al juez (en la fase de enjuiciamiento), el cual

³³ “¿Qué delitos deberían ser imputados a A y C? ¿Por qué delitos deberían ser o no punibles A y C?”.

³⁴ “1) Calificación jurídica. 2) Participación delictiva. 3) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. 4) Penalidad. 5) Responsabilidad civil. 6) Cuestiones de índole procesal/derechos fundamentales”.

se pronuncia sobre el objeto de la acusación o acusaciones ya formuladas en el proceso, aunque sí podría asimilarse a la función en asume el juez instructor³⁵.

3.3.3. Argumentación.

En primer lugar, hay que resaltar que en los criterios específicos de evaluación de la prueba se alude de forma expresa a la calidad de la argumentación que se desarrolle en aquélla por el opositor, tanto desde la perspectiva formal como material, utilizándose en este ámbito unos criterios de análisis de la actividad argumentativa similar a la que desarrollamos en el presente trabajo.

Desde la perspectiva de la argumentación material las razones extrajurídicas vienen formuladas en el contenido de los dictámenes, por lo que no se exige una previa valoración de la prueba. Tampoco la adopción de resolución alguna sobre la admisión de la misma. Las razones jurídicas están protagonizadas por los preceptos legales tanto del Derecho sustantivo como del Derecho Procesal, así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, con una mayor repercusión de esta última en este sector del Derecho que en el orden civil por los motivos anteriormente apuntados (afectación de los derechos fundamentales). Los principios también podrían ostentar relevancia, esencialmente en el ámbito del Derecho Procesal, aunque el empleo de los mismos dependerá de los criterios que adopte el opositor en el ámbito interpretativo, pues nada sobre ello se especifica en los criterios o parámetros de valoración.

Las razones no prácticas son las que más se valoran en el desarrollo del dictamen, dado que son las que permiten postular una determinada interpretación de los preceptos legislativos aplicables y, por ende, la solución final adoptada por el examinando.

³⁵ Ciertamente, esta faceta es desarrollada, en todo caso, también por el juez que celebra la vista oral, como, por ejemplo, se vislumbra en la facultad que contempla el artículo 733 LECrim: " Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: *Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número ... del artículo ... del Código Penal.*"

Desde una perspectiva formal de la argumentación el esquema subsuntivo es el que domina el esquema argumentativo exigido en la prueba, si bien el de la ponderación podría asumir un relevante protagonismo, fundamentalmente, en las preguntas concernientes a diligencias o medidas propias de la fase de instrucción que afectan a los derechos fundamentales, en la medida en que en aquéllas se ha de considerar el peso o valor que ostentan los derechos implicados en la resolución de las cuestiones suscitadas, sobre todo de índole procesal, al amparo del principio de proporcionalidad. El denominado “test de proporcionalidad”, que contiene una ponderación del derecho fundamental afectado, tendría gran relevancia en orden a precisar en qué supuestos y en base a qué requisitos se considera legal y lícita una determinada medida o diligencia limitadora de los derechos fundamentales.

El esquema finalista, por el contrario, no estaría presente, salvo en aquellos supuestos vinculados con el ámbito civil (cuestión 5 del dictamen del año 2008, relativa a determinación de la responsabilidad civil).

3.3.4. Síntesis y relación con los modelos de juez.

3.3.4.1. Temario. Fuentes del Derecho. Concepción del Derecho.

Es destacable la inexistencia de temario en la programación de la prueba, si bien su contenido es más delimitado que en el orden civil, dado que la legislación aplicable es más reducida que en este último, donde existe una más prolija legislación especial³⁶.

La ley es la principal protagonista en la resolución del dictamen, junto a la doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como, en este caso, del Tribunal Constitucional, en lo referente a aquellos aspectos relativos a los derechos fundamentales, lo que también puede ser extensible a la doctrina de Tribunales de carácter internacional relacionada con esta temática.

Son reproducibles, asimismo, las valoraciones efectuadas respecto del dictamen civil sobre las concepciones del Derecho que se estiman presentes en la resolución del dictamen. La adecuada selección de los preceptos aplicables, fundamentalmente en la

³⁶ Mayor problemática se plantea, aún, en el ámbito del Derecho Administrativo, donde la profusión normativa actual es máxima, dada la diversidad de órganos productores de normas y la pluralidad de Administraciones coexistentes en la organización administrativa española.

calificación jurídica de los hechos y en la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, enfatizan la concepción del Derecho como un sistema, propio del juez formalista, en el que se precisa delimitar el ámbito de aplicación de cada norma para reglarla e interpretarla desde un orden preestablecido.

El Derecho como práctica social, interpretativa y creativa, desde la concepción del juez integrador, también ostentaría relevancia, en los mismos términos mencionados respecto del dictamen civil, a la vista de los criterios de evaluación impuestos y de la modalidad de la prueba.

3.3.4.2. Interpretación jurídica.

Las dificultades que se suscitan en lo que hemos designado la “interpretación-proceso” se sitúan, esencialmente, en lo que Kelsen denominó la “indeterminación no intencional”, puesto que en virtud de la vigencia del principio de legalidad y de irretroactividad de las normas sancionadoras, que ostentan gran relevancia en este sector del ordenamiento, el legislador concede de forma muy limitada a los jueces ámbitos de discrecionalidad para que sean integrados por los mismos, tasando al máximo los límites de interpretación de los preceptos legales.

Ante las posibles contradicciones o ambigüedades de los términos de las normas penales sustantivas el opositor ha de recurrir a la doctrina jurisprudencial vigente (la “más reciente”, según se establece en el dictamen), para ampliar y aclarar los términos y conceptos contemplados en los tipos penales, al efecto de delimitar los supuestos fácticos regulados por aquellos. No obstante, esta integración ha de estar enmarcada por los límites establecidos por el principio de legalidad, básico en el ámbito Penal, que implica la necesidad de que su fuente sea la ley y de que, además, la misma sea taxativa, cerrada y descriptiva en la definición de las conductas típicas. Ello implica que en el campo del Derecho sustantivo concurren distintas características propias del juez formalista, ya apuntadas en el capítulo sexto, en el que se analizan diversas sentencias (mayor sujeción al marco legal, en la medida en que al resultado de la interpretación no puede llegar a matizar de forma sustancial el contenido de los tipos penales; aplicación de la cláusula de cierre, si concurre el caso; la sujeción al principio de jerarquía normativa; o la admisión de ciertos ámbitos de discrecionalidad).

No obstante, también existen en esta prueba aspectos que nos distancian de este modelo de juez, pues el contenido de la doctrina que es relevante para la resolución de la prueba no pueda caracterizarse en los términos kelsenianos³⁷, dada la necesidad de situar la respuesta del examinando en los parámetros sostenidos por los precedentes jurisprudenciales y la valoración que en la prueba se otorga al desarrollo de un razonamiento limitadamente justificativo (en la medida en que se alude a los precedentes “más recientes”), si bien la alusión a la doctrina científica –como hemos referido en relación a los dictámenes del orden jurisdiccional Civil- permitiría la introducción de teorías innovadoras o discrepantes con los criterios sostenidos desde la jurisprudencia ya consolidada. En todo caso, y como se enfatizó en el capítulo sexto, dedicado al análisis de la jurisprudencia en España, hay que tener presente la importancia que la doctrina científica ostenta en el propio desarrollo de la jurisprudencia propia del orden Penal.

En cuanto a la “interpretación-producto”, el dictamen alude como criterio de evaluación, al menos el correspondiente a la convocatoria de 2009, al hallazgo de la respuesta correcta en cada una de las cuestiones formuladas, persiguiendo, entendemos, un adecuado estudio de los precedentes y de la doctrina científica lo más completo posible para obtener la solución más coherente con aquellos, restringiendo el ámbito de la discrecionalidad del candidato en la resolución del dictamen, aunque hay que reconocer la existencia de preguntas que suponen cierto ámbito de discrecionalidad al opositor, por los términos en los que tales cuestiones están reguladas en el Código Penal, como sucede con aquéllas que se refieren a la penalidad que corresponde a un acusado.

El modelo de evaluación de la prueba, dada la parquedad de criterios de evaluación establecidos, no puede definirse bajo un preciso modelo de juez. La delimitación del mismo lo inferimos más de las características propias de la jurisprudencia desarrollada en este orden jurisdiccional que de los parámetros delimitados para la evaluación del dictamen, razón por la cual son reproducibles las conclusiones que se han expuesto en el dictamen del orden civil, que vinculaban el

³⁷ Para Kelsen, la cuestión de cuál es la posibilidad “correcta” en un litigio concreto no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del Derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino un problema político. Véanse los apartados del capítulo cuarto dedicados a la teoría pura del Derecho.

modelo de prueba al juez creador, aunque considerando la influencia que el juez formalista podría introducir en este orden jurisdiccional.

Destacable es, en última instancia, que se introduzca un número dispar de cuestiones en cada dictamen, así como que varíe la perspectiva desde la que se formulan. Así, ésta es en numerosas preguntas más propia de la posición que asume la parte acusadora (aunque también la del juez instructor) en el proceso Penal que el juez enjuiciador, en aras a potenciar la faceta relativa a la “interpretación del Derecho” y la adecuada calificación jurídica de los hechos incluidos en el dictamen.

3.3.4.3. Argumentación.

Las conclusiones que incluimos sobre el modelo de juez que se potencia desde la prueba se deducen más de las características propias de la jurisprudencia de este orden que desde los criterios de evaluación. Y ello porque, si bien se incluyen en este ámbito menciones a las dimensiones formal y material de la argumentación como las facetas que en el ámbito argumentativo han de ser valoradas, las directrices no contienen mayor concreción sobre cómo han de evaluarse las mismas.

No obstante, analizando las dificultades y características de la prueba en relación con el Derecho sustantivo, la relevancia de la ley, dados los principios vigentes en el ámbito del Derecho Penal (tipicidad, legalidad, irretroactividad), la influencia de la cláusula de cierre kelseniana, la ausencia en este sector del Derecho de ciertos estándares a los que se refiere Hart para cubrir la discrecionalidad (como la analogía) y el hecho de que se imponga en la resolución del dictamen la introducción de razones basadas en los precedentes nos situarían en el modelo positivista del juez formalista (si bien se alejan de la concepción de la jurisprudencia que postuló Kelsen como acto de voluntad), aunque la posible presencia de principios y de doctrina jurisprudencial en el razonamiento jurídico introducirían también elementos propios del juez creador de Hart.

En el ámbito del Derecho Procesal Penal se requiere el empleo no sólo del esquema subsuntivo, sino también del esquema de la ponderación, imprescindible para valorar la efectividad de los derechos fundamentales que pudieran estar afectados por medidas cautelares o diligencias de instrucción, por ser necesario para el desarrollo del “test de proporcionalidad”, configurado por la jurisprudencia constitucional como eje en

torno al cual desarrollar la argumentación en este materia. Por otra parte, el razonamiento basado en principios y valores también puede ser relevante en la resolución de las incidencias que en este campo se plantean en el contenido de los dictámenes. Ello sin perjuicio del necesario recurso a la doctrina vigente para desarrollar el concepto de cada uno de los derechos fundamentales implicados y de los preceptos legales aplicables. Para la resolución de estas incidencias, por tanto, habría que recurrir a caracteres más propios del modelo argumentativo del juez integrador, aunque dicha conclusión se deduciría, una vez más, de los parámetros sobre los que se construye la jurisprudencia en esta materia y no tanto de los criterios de evaluación existentes en el dictamen.

4. LA ENTREVISTA PREVISTA EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL

En las convocatorias de estos concursos se impone, como siguiente fase de los mismos, la celebración de una entrevista entre el opositor y el Tribunal calificador, cuya procedencia es potestativa para el Tribunal. Esta entrevista se rige por una serie de criterios contemplados expresamente en las resoluciones que acuerdan las respectivas convocatorias. La entrevista tiene como objeto el debate sobre el currículum profesional del candidato, como finalidad la de acreditar la realidad de la formación jurídica del mismo y la capacidad para ingresar en la Carrera Judicial, como límite la imposibilidad de que se convierta en un examen de conocimientos jurídicos y como criterios de evaluación, los siguientes: la formación jurídica en las materias propias de cada especialidad, el conocimiento de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en dicho orden, la capacidad de argumentación jurídica y razonamiento lógico y la aptitud que se aprecie en el candidato.

En base a los criterios establecidos no se puede valorar el contenido de esta entrevista desde los parámetros que estamos analizando en el presente trabajo, dado que la misma no tiene ni un objeto ni una actividad tasada, sino que supone un debate sobre los méritos profesionales de los candidatos, cuyo contenido dependerá del perfil del

currículum de cada opositor y de las cuestiones que cada Tribunal considere más esenciales o fundamentales.

Asimismo, los genéricos criterios establecidos para la evaluación de la entrevista no permiten caracterizar de forma nítida la naturaleza de la misma, dada la ambigüedad que se infiere de sus criterios de evaluación, pues se establece simultáneamente la imposibilidad de que la entrevista se convierta en un examen de conocimientos jurídicos y, por otra parte, se dispone como uno de los criterios de evaluación relevantes el dominio del candidato de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales sobre las materias en cuestión.

De las referencias contenidas en las convocatorias se podría deducir que a través de estas entrevistas se pretendería acreditar tanto la veracidad y fundamento de los méritos profesionales del candidato como sus cualidades personales vinculadas con la motivación y argumentación sobre materias relacionadas con su currículum profesional, si bien la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que la entrevista incluya el planteamiento por parte del Tribunal de cuestiones relativas a conceptos o nociones básicas propias de la especialidad correspondiente.

La característica más notable del formato de la entrevista sería, en suma, la ausencia de criterios jurídicos para precisar su naturaleza y su contenido, pues, en su configuración actual, su finalidad y objeto dependerán de las concepciones del Derecho y modelo o modelos de juez (implícitos) que cada Tribunal Calificador valore en cada proceso selectivo concreto.

5. EL CURSO FORMATIVO INCLUIDO EN EL CONCURSO ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL

En última instancia, la última fase del proceso de selección viene constituida por un curso teórico-práctico de 12 semanas de duración³⁸, el cual se divide en dos períodos: uno primero, de 4 semanas, que tiene lugar en la sede de la Escuela Judicial de

³⁸ Hay que puntualizar que en las convocatorias se establece la posibilidad de que el Consejo General exija la superación de pruebas de aptitud y de personalidad, no detalladas de una forma más explícita, para el desarrollo de las funciones judiciales.

Barcelona; y el segundo, de 8 semanas de duración, que comprende una estancia en órganos jurisdiccionales propios del orden jurisdiccional correspondiente.

La primera parte comprende en su programa materias relativas al orden jurisdiccional correspondiente (por ejemplo, el curso civil versa sobre la audiencia previa, la mediación civil, el acto de la vista,...; en el curso del orden jurisdiccional penal: la *notitia criminis*, crisis procesales de terminación anticipada del proceso, diligencias restrictivas de derechos fundamentales,...), conjuntamente con otras más genéricas, como Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea, cooperación jurídica internacional o deontología profesional.

Además, se incluyen estancias en instituciones vinculadas con las funciones que han de desarrollar los magistrados en el órgano al que se les destinará, como el es caso de los centros penitenciarios o de los centros de policiales.

En la segunda fase, en la que se desarrollan las estancias en órganos jurisdiccionales, las actividades a realizar tienen un carácter eminentemente práctico, incluyendo, según se detalla en la convocatoria, la elaboración de proyectos de resoluciones o ponencias.

A la vista de la duración de esta fase de formación, de su formato, dividido en sesiones y de las actividades extraacadémicas que contiene, se concluye que tiene un carácter meramente accesorio y complementario, en orden a completar a los nuevos magistrados sobre las peculiaridades del trabajo que se desarrolla en los órganos jurisdiccionales.

6. LOS CONCURSOS DISCRECIONALES

En este apartado analizaremos los dos tipos de concursos de carácter discrecional que la LOPJ prevé como vías de acceso a la Carrera Judicial, que permiten cubrir parte de las plazas propias del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

6.1. Análisis del concurso entre juristas de reconocido prestigio para el ingreso en la Carrera Judicial con categoría de magistrado y con destino en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

En esta vía de acceso a la Carrera Judicial son destacables distintos aspectos. Así, no se establece en este proceso ningún tipo de examen, sino tan sólo la valoración de los méritos de los candidatos. En segundo lugar, dicha valoración no se fundamenta en un baremo tasado, como acontece con el concurso general de juristas que acceden a la Carrera Judicial con, al menos, diez años de ejercicio profesional, sino que tiene lugar con arreglo a las directrices que contempla el Reglamento 1/2010, sobre provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales. En tercer lugar, la ponderación del currículum de cada uno de los candidatos se encomienda, en este caso, a la discrecionalidad del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, dado que no existen Tribunales calificadores en este procedimiento de acceso. Tampoco se contempla en esta vía ningún curso complementario de formación.

Estas circunstancias limitan considerablemente el estudio que sobre esta vía de acceso pretendemos desarrollar en el presente trabajo. No obstante, procederemos a analizar los criterios de evaluación que contiene el Reglamento 1/2010. En el mismo se mencionan como méritos evaluables, en primer lugar, los relativos al currículum profesional del candidato, como son el ejercicio efectivo de profesiones jurídicas de naturaleza pública o privada y el servicio efectivo como docente universitario en disciplinas jurídicas. Estas facetas son, en sí mismas, difícilmente mensurables desde una perspectiva jurídica, ya pretendan reflejar dimensiones de la interpretación como de la argumentación.

Además, se incluye el doctorado en Derecho y otros méritos reveladores de la especialización en la respectiva rama jurídica, sin una mayor concreción. Se detalla en el artículo 16, en la valoración que ha de efectuar la Comisión de Calificación, que se ponderarán las actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que fundamenten la idoneidad de los candidatos. Al igual que ya hemos valorado respecto del concurso de magistrados, sería deseable la inclusión en este procedimiento de criterios jurídicos que permitieran una valoración más adecuada de los méritos de los candidatos en los supuestos en los que la selección se efectúa a partir de un concurso de méritos,

fundamentalmente en aras a ponderar la relevancia de tales méritos para el adecuado desempeño de las facetas que constituyen el núcleo de la función judicial y que estamos analizando en el presente estudio. Es decir, los méritos no traslucen unos parámetros jurídicos fundamentados para evaluar los currículos de los candidatos de una forma más adecuada al perfil técnico-jurídico propio de la función jurisdiccional. No obstante, para ello se entendería necesario la elaboración de un perfil jurídico del candidato a juez y una adecuada fundamentación científica del mismo, objetivo que actualmente no consta que esté realizado.

6.2. Análisis del concurso entre juristas de reconocido prestigio para el ingreso en la Carrera Judicial con la categoría de magistrado del Tribunal Supremo.

Como se expuso en el capítulo segundo de la tesis, de cada cinco plazas vacantes existentes en el Alto Tribunal, una se ha de cubrir mediante abogados y juristas de reconocida competencia. Las otras cuatro, de entre magistrados que lleven al menos diez años en la categoría y quince en la Carrera. A su vez, de cada cuatro plazas de magistrados pertenecientes a la Carrera, dos se proveen por magistrados que hubieran superado las pruebas de selección o de especialización en el orden jurisdiccional correspondiente. En este caso se exigen quince años de pertenencia a la Carrera y, al menos, tres en la categoría de magistrado.

De ello se deduce que sólo una quinta parte del total de las plazas de las que se cubren en el Tribunal Supremo supone, estrictamente, una vía de acceso a la Carrera Judicial. No obstante, dado el similar procedimiento establecido para el acceso a este Tribunal y la relevancia que la cobertura de estas plazas representa para la configuración de la Carrera Judicial y del modelo de juez que se propone desde las instituciones competentes en la selección de jueces, se analizará la globalidad de méritos que se establecen para la cobertura de las plazas en este órgano judicial.

Los méritos específicos que el Reglamento 1/2010 determina como valorables para el acceso a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo son los reveladores del grado de excelencia en el ejercicio jurisdiccional. Este mérito, en sí mismo, no aporta criterio alguno para concretar, desde una perspectiva jurídica, los términos en los que se valora la interpretación o la actividad argumentativa desarrollada por los

candidatos a magistrados del Tribunal Supremo o los méritos propios de su currículum. La no inclusión de parámetro alguno para la concreción del concepto de “excelencia” permite otorgar una discrecionalidad al Pleno del Consejo para que valore aspectos, incluso, ajenos al núcleo jurídico del ejercicio de la función jurisdiccional. Por otra parte, tampoco se detallan de forma taxativa los elementos que se han de utilizar para la valoración de esta pretendida excelencia, cuya consulta es potestativa para la Comisión de Calificación y que, por tanto, pueden ser diferentes para cada candidato (resoluciones judiciales, informes de colegios profesionales, informes de órganos gubernativos o jurisdiccionales del Poder Judicial,...).

Para la generalidad de los cargos que han de cubrirse mediante personas ya incorporadas en la Carrera Judicial se mencionan una serie de méritos (art. 5 del Reglamento). Clasificando los mismos podemos referirnos a un grupo que alude a la experiencia profesional del candidato: tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el ejercicio en destinos correspondientes al orden jurisdiccional de que se trate, el tiempo de servicio en órganos colegiados y el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia. Si bien es cierto que la experiencia puede permitir un mayor bagaje de conocimientos jurídicos en la especialidad correspondiente, estas pautas no permiten valorar de una forma concreta u objetiva los términos en los que los solicitantes conciben o desarrollan la interpretación o la argumentación, razón por la cual consideramos que la antigüedad en el ejercicio profesional puede ser valorada como requisito en los procesos de selección, pero no como mérito. En suma, desde estos criterios no está objetivada la posibilidad de efectuar un análisis riguroso de los aspectos interpretativos o argumentativos o cualquier otra faceta del curriculum de los candidatos ni tampoco el contraste de todo ello con un modelo de juez que se pudiera promover a través de esta vía de acceso a la Carrera Judicial.

El único mérito que se menciona en el Reglamento y que sí permite una evaluación de la actividad interpretativa o argumentativa del candidato en cuestión es el relativo a la relevancia jurídica y calidad técnica de las resoluciones dictadas. Pero, una vez más, no se introducen pautas para la concreción de la pretendida "calidad técnica", por lo que tampoco se pueden incluir valoraciones sobre el modelo interpretativo o argumentativo que se propone, que puede ser muy divergente en función de las personas

concretas que en cada momento asuman la responsabilidad de evaluar los méritos de los candidatos y de las concepciones del Derecho desde las que se posicionen. En todo caso, la inclusión de este mérito sí permite la valoración en el proceso selectivo de aspectos más estrictamente jurídicos y vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional, a pesar de la ausencia -en la actual regulación- de criterios para fundamentar, desde pautas jurídicas, la evaluación de este mérito.

Para la provisión de plazas reservadas a abogados y juristas el Reglamento enumera unos méritos (los cuales han de referirse necesariamente a la materia u orden jurisdiccional de que se trate) relativos a la experiencia profesional de los candidatos, como son el ejercicio en profesiones jurídicas o la docencia universitaria, respecto de los cuales podemos efectuar una valoración similar a la referida con anterioridad en relación con los méritos de igual naturaleza exigidos para los aspirantes que acceden al Tribunal Supremo desde la Carrera Judicial.

Los otros méritos que se incluyen, ajenos a la experiencia profesional, son el doctorado en Derecho y, en términos literales, “otros méritos que reflejen la especialización jurídica del candidato”. La última mención, como es obvio, no permite ningún comentario. El doctorado en Derecho, en todo caso, puede ser un instrumento para considerar la cultura jurídica del candidato, en relación con una materia concreta, así como ciertas habilidades intelectuales que pueden ser útiles en el ejercicio de los aspectos estrictamente jurídicos de la función jurisdiccional. No obstante, una vez más, no se concreta ningún aspecto jurídico para deducir la concepción o el modelo que se propone de interpretación o de argumentación ni para delimitar los criterios en torno a los cuales se han de ponderar los méritos referidos.

Por tanto, al igual que constatamos en los concursos de méritos establecidos para el acceso a la Carrera Judicial entre juristas de reconocido prestigio con, al menos, 10 años de ejercicio profesional, no existen criterios en la normativa reguladora de estos procesos de selección que contengan parámetros para ponderar en qué medida los méritos aducidos son instrumentos relevantes para el desempeño de la actividad interpretativa o argumentativa o para definir la concepción del Derecho, de la interpretación o de la argumentación que se postula desde las instituciones oficiales. Ello no sólo implica la posible introducción en el currículum de los candidatos de méritos

inocuos para el ejercicio de la función judicial, sino también la ausencia de criterios jurídicos que delimiten, de alguna forma, el modelo o perfil jurídico de juez que se propone desde las instituciones encargadas de seleccionar a los magistrados.

7. CONCLUSIONES

El sistema de selección diseñado para permitir que juristas con, al menos, 10 años de ejercicio profesional puedan acceder a la Carrera Judicial se compone de tres fases: un concurso de méritos, un dictamen y, por último, una entrevista ante el Tribunal calificador, la cual permite completar la valoración que sobre los méritos de los candidatos efectúa el Tribunal Calificador tras el desarrollo del dictamen.

Los méritos que se valoran en el concurso pueden dividirse en dos grupos. Uno primero, que comprende aspectos vinculados a la experiencia profesional de los candidatos, y otro segundo grupo de méritos, de carácter académico y científico, como titulaciones, publicaciones científico-jurídicas, ponencias, comunicaciones, cursos o la obtención de la suficiencia investigadora, entre otros.

La valoración de los méritos referidos confiere al Tribunal Calificador una amplia discrecionalidad, dado que no se expresan en las bases de las convocatorias aspectos concretos en los que se ha de fundamentar la valoración aludida ni en qué medida dicha puntuación guarda relación con el ejercicio de la actividad interpretativa o argumentativa. Sólo algunos méritos permiten una ponderación más objetiva de estas facetas, como sucede en la posible valoración de la calidad de las resoluciones dictadas por quienes han ejercido la función judicial o fiscal. Por otra parte, en los méritos relativos al ejercicio profesional sólo se considera el aspecto temporal y productivo (antigüedad y número de asuntos tramitados).

Del conjunto del baremo explicitado en la legislación no se deducen unas directrices jurídicas nítidas que fundamenten la selección del conjunto de los méritos actualmente evaluables. Se aprecia, por tanto, que la configuración del baremo en la actualidad no responde de una forma específica a la finalidad para la cual se postula, cual es el adecuado desarrollo de las facetas propias de la función jurisdiccional, esencialmente, la interpretación jurídica y la argumentación. Si así fuera se permitiría

una motivación más fundada de los méritos y, por otra parte, una configuración de los mismos en función de los criterios jurídicos que configuran el fundamento de la función jurisdiccional, vinculados con la concepción del Derecho, la argumentación y la interpretación.

En suma, tanto la selección de los méritos como la valoración que de los mismos que se determina en las bases de las convocatorias no traslucen unos parámetros jurídicos fundamentados para evaluar los currículos de los candidatos a magistrados de una forma más adecuada al perfil técnico-jurídico propio de la función jurisdiccional, si bien este perfil no consta que esté configurado actualmente desde criterios científicos³⁹, como hemos expuesto en el capítulo relativo a la oposición libre.

La entrevista, prevista en el proceso selectivo como complemento de la valoración que de los méritos de los candidatos efectúa el Tribunal Calificador, se configura como un trámite que tiene como finalidad la acreditación de la formación jurídica del candidato. Según se destaca en las bases de las convocatorias, la entrevista no se puede convertir en un examen general de conocimientos jurídicos, si bien se añade en aquellos que la formación jurídica del candidato en las materias propias de cada especialidad, el conocimiento por parte de éste de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en dicho orden y la capacidad de argumentación del mismo serán los ejes en torno a los cuales se ponderará el resultado de esta entrevista.

Hay que reseñar, por ello, la ambigüedad con la que está configurada esta entrevista, pues en la misma se establece que se valorarán los conocimientos en las novedades jurídicas generadas en las materias correspondientes y, simultáneamente, se dispone que no puede convertirse en un examen de conocimientos. No obstante, de su diseño se deduce que la finalidad de esta entrevista sería la acreditación de la veracidad de los méritos aducidos por el candidato y de la formación jurídica que han supuesto para el mismo y, asimismo, la evaluación de los conocimientos que el mismo detenta en las materias propias de la especialidad correspondiente. De forma que, en la práctica, la entrevista puede estar marcada por una gran dosis de subjetividad y de discrecionalidad,

³⁹ Existe un documento denominado “informe del grupo de trabajo de selección”, el cual no se considera que logre construir una propuesta sólida de modelo de juez desde una perspectiva jurídica. Un ejemplar del mismo se contiene en el anexo.

dado que el tipo de cuestiones que se pueden plantear e, incluso, su formato no están definidos en las convocatorias.

En suma, la entrevista no está delimitada desde criterios precisos que permitan comprobar en qué medida los méritos aducidos son relevantes para el ejercicio de las facetas jurídicas propias de la función jurisdiccional.

La segunda parte de este proceso de selección está constituido por un dictamen, el cual reviste ciertas peculiaridades en función de la especialidad que constituye el objeto de la convocatoria. En lo concerniente a las fuentes del Derecho, en el dictamen Civil son la ley y la jurisprudencia las fuentes del Derecho que asumen el protagonismo en la resolución de los supuestos planteados, sin perjuicio de la posibilidad de que el opositor recurra a principios propios de la materia planteada. Del contenido y condiciones de las pruebas diseñadas para el acceso a este orden jurisdiccional se puede afirmar que en las mismas se supera la concepción del Derecho del juez legalista, propia de la Escuela de la Exégesis, en la medida en que se valoran de forma determinante los conocimientos del opositor sobre la jurisprudencia, reconociéndose, así, que la ley no goza de la claridad que le atribuye aquella escuela jurídica.

Los postulados positivistas del juez creador y formalista están presentes en la importancia esencial que se otorga a la ley como fuente del Derecho, la menor relevancia otorgada a los principios, las múltiples cuestiones planteadas sobre las disposiciones legislativas y la valoración que se otorga a la correcta selección de la normativa legal aplicable, si bien no se deduce de los problemas planteados en los dictámenes una preocupación relevante en la sistematización de las diferentes normas o en las fuentes del Derecho.

No obstante, la concepción del Derecho como práctica social mantiene, asimismo, un importante protagonismo, no sólo porque la prueba suponga un ejercicio de interpretación y argumentación, sino porque se pretende que el aspirante tenga un adecuado conocimiento de la doctrina jurisprudencial existente sobre las materias planteadas y que se muestre en la resolución del dictamen una coherencia con los precedentes previos.

En el dictamen relativo al orden jurisdiccional Penal la ley como fuente jurídica asume, aún, una mayor importancia, dados los principios que rigen en este sector del Derecho (legalidad y de reserva de ley, artículos 1, 4, 9 y 10 Código Penal). Asimismo, se mantiene la relevancia de la doctrina jurisprudencial, con una posible mayor trascendencia en este caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de Tribunales internacionales, al plantearse en múltiples de las cuestiones planteadas aspectos que afectan de una forma muy directa al ejercicio y efectividad de los derechos fundamentales, aunque ello no se detalla en los criterios de evaluación de forma específica. Las restantes fuentes quedan relegadas, sin perjuicio de que el opositor pueda recurrir a principios contruidos o declarados por la jurisprudencia que ostenten repercusión en la materia sobre la que verse el dictamen. Los valores también podrían en este caso estar más presentes en el razonamiento jurídico, dada la mayor relación que en este ámbito se produce entre éste y la doctrina sobre los derechos fundamentales.

Los parámetros del juez formalista ostentarían en los dictámenes del orden Penal una importancia considerable, dado el monopolio de la ley (reserva de ley) existente en este ámbito del Derecho y a la valoración otorgada a la adecuada calificación jurídica de las conductas descritas en las pruebas. El Derecho como práctica social, interpretativa y creativa (juez integrador), también tendría repercusión en estos dictámenes, por las razones expuestas con anterioridad respecto del dictamen Civil.

Las bases de las convocatorias de estos procesos selectivos no incluyen directrices precisas para la valoración de la faceta interpretativa, si bien del contenido de los dictámenes podemos incluir una serie de observaciones. En los dictámenes relativos al orden Civil se exige al opositor, en el ámbito de lo que hemos denominado “interpretación del Derecho”, un dominio de contenido de la legislación, en orden a calificar adecuadamente las diferentes figuras jurídicas que se incluyen en el relato fáctico descrito en el dictamen. No se plantean problemas relativos a conflictos normativos (entre Derecho nacional o de la Unión Europea o entre fuentes normativas nacionales), sobre posible aplicación de diversas normas contradictorias a un mismo supuesto o de lagunas normativas, aunque en ocasiones sí es preciso que el candidato deslinde de forma adecuada diferentes figuras jurídicas, para lo que es necesario el dominio de la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre distintas instituciones. En todo caso, el hecho de que se permita la consulta de los textos legales al opositor durante el

desarrollo de la prueba disminuye considerablemente la complejidad de esta faceta de la interpretación.

En los dictámenes concernientes al orden Penal se plantea, en relación con el Derecho sustantivo, la dificultad de delimitar adecuadamente los delitos que han de ser calificados como tales en el supuesto planteado (concurso de normas penales) y, asimismo, en su caso, el tipo de concurso de delitos concurrente, incidencias que deben solventarse mediante el dominio de la doctrina jurisprudencial relativa a cada uno de los tipos penales presentes en el supuesto dado (que implica el desarrollo de lo que denominamos “interpretación de la ley”). No obstante, dada la menor dimensión que la normativa penal mantiene tampoco se detecta una complejidad en la “interpretación del Derecho” en este ámbito, ni en el Derecho sustantivo ni, con mayor razón, en el Derecho Procesal.

El objeto de los dictámenes en el ámbito interpretativo, en los distintos órdenes, se centraría en la “interpretación de la ley”. En los dictámenes de Derecho Civil se exigiría al opositor la demostración de un amplio conocimiento de la doctrina jurisprudencial y científica que se ha desarrollado sobre determinadas figuras jurídicas, instituciones o preceptos normativos de especial relevancia, la cual ha de ser memorizada por el examinando. Todo ello con la finalidad de salvar las dificultades que ya fueron concretadas por Hart como cuestiones problemáticas en la interpretación de las normas, cuales eran la ambigüedad de las mismas, la textura abierta de sus términos y la existencia de ámbitos de discrecionalidad concedidos por el legislador (no se constata problemática sobre contradicciones o lagunas normativas).

No se plantea, por tanto, en los dictámenes, con carácter general, la resolución de casos difíciles o límite (en los términos anteriormente expresados) ni se centra el debate en los términos de la tutela de los derechos de los litigantes. Ello justificaría la inclusión del criterio de evaluación que, en relación con la “interpretación-producto”, se introduce en el dictamen, relativa a la valoración en el mismo del acierto de las respuestas a las cuestiones planteadas, pues las características de los supuestos prácticos propuestos permitirían una determinación más precisa de la respuesta correcta.

Es por todo ello que en el dictamen Civil el modelo interpretativo que más próximo estaría a los términos en los que se formula el dictamen sería el propio del juez

creador, por el tipo de casos que son elegidos, por la problemática incluida en las cuestiones planteadas en los dictámenes, por las fuentes del Derecho que han de ser utilizadas en su resolución y por las propias condiciones y criterios establecidos en la valoración de la prueba (prueba de una duración determinada, en la que los conocimientos jurisprudenciales han de estar memorizados y en la que se determina como criterio de evaluación el conocimiento de los precedentes jurisprudenciales "más recientes").

En el ámbito del Derecho Penal, en relación con la "interpretación de la ley", el dictamen exige al opositor un estudio de la doctrina existente sobre los elementos que conforman los tipos penales descritos en el Código Penal, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y de la participación delictiva y, por último, de los aspectos relativos al cumplimiento de las penas. Estudio, éste, que ha de efectuarse mediante la utilización de la doctrina jurisprudencial y científica que, como recordamos, ha de ser memorizada por el candidato a magistrado.

En el área del Derecho Procesal la dificultad se centra en el ámbito de las medidas y diligencias que afectan a la efectividad de los derechos fundamentales, en las que se precisa el análisis de la doctrina existente sobre los preceptos legales reguladores de aquéllas y sobre los derechos fundamentales afectados.

Por tanto, las dificultades que se muestran tanto en el ámbito del Derecho Penal sustantivo como en el del Derecho Procesal Penal en la "interpretación-proceso" se podrían encuadrar, fundamentalmente, en lo que Kelsen denominó la "indeterminación no intencional" (contradicciones normativas, en el ámbito del Derecho sustantivo, y ambigüedad de las normas y generalidad de sus términos, tanto en el Derecho sustantivo como en el Procesal). Las lagunas no estarían en ningún caso presentes como problema interpretativo en el Derecho sustantivo, puesto que en el mismo tendría virtualidad la cláusula de cierre kelseniana, del juez formalista, es decir, se absolvería por el delito en cuestión. Asimismo, son escasas las cuestiones en las que se exige al opositor concretar la discrecionalidad que el legislador, en ocasiones, concede expresamente a la autoridad judicial (como la suspensión o sustitución de una pena privativa de libertad).

No obstante, ante las posibles contradicciones o ambigüedades de los términos de las normas penales sustantivas el opositor ha de recurrir a la doctrina jurisprudencial vigente. Pero, dado que esta integración ha de estar enmarcada por los límites establecidos por el principio de legalidad, básico en el ámbito Penal, los modelos del juez formalista y del juez creador son los que se pueden desarrollar más adecuadamente para resolver las dificultades que en la realización de la prueba se suscitan respecto del Derecho sustantivo, en detrimento del juez integrador de Dworkin. En cambio, en el ámbito del Derecho Procesal, el opositor puede desarrollar un razonamiento más justificativo, vinculado al modelo del juez integrador, el cual estaría caracterizado por la ponderación de los derechos en conflicto.

Se reitera también en los dictámenes del orden Penal, como criterio evaluador (al menos en el del año 2009), el acierto de las respuestas, lo que es coherente con el hecho de que se incluyan *casos fáciles* (ámbitos o supuestos ya resueltos previamente por la jurisprudencia) en los dictámenes, de lo que se deduce que el opositor ha de ceñirse a la resolución de la prueba a los precedentes ya establecidos. La doctrina científica, no obstante, puede permitir la introducción de nuevos parámetros o teorías que contradigan o maten la jurisprudencia existente.

No obstante, hay que constatar que las consideraciones efectuadas en relación con la actividad interpretativa y, más concretamente, los modelos interpretativos desde los que se concibe el dictamen los hemos inferido de las características propias de la jurisprudencia desarrollada en cada uno de los órdenes, pero no tanto de los propios criterios o parámetros jurídicos establecidos en las bases de las convocatorias y en las instrucciones para el desarrollo de los dictámenes, pues los mismos son sumamente parcos e insuficientes.

Ciertamente, en las bases de las convocatorias sí se incluye una referencia específica a la valoración de la actividad argumentativa, pues aquéllas aluden a la necesaria valoración de las dimensiones material y formal de la argumentación, aunque tampoco se incluyen mayores precisiones sobre los términos en los que estas facetas han de ser evaluadas. En todo caso, dicha argumentación ha de estar limitada por las características de las pruebas planteadas. Así, en las mismas se determinan para el opositor una relación de hechos concretos que es preciso respetar, de forma que las

razones extrajurídicas sobre las que se aplica el Derecho ya están preestablecidas. En suma, no se exige actividad ni de admisión de la prueba ni de valoración de la misma, si bien la indefinición que, en ocasiones, se aprecia en ciertos extremos de algunos dictámenes relativos a los hechos probados desde los que se parte podría, en ocasiones, permitir el planteamiento de diferentes alternativas (consecuencias jurídicas) por parte del opositor.

La argumentación, en su dimensión material, está presidida en el dictamen Civil por los preceptos legales tanto del Derecho sustantivo como del Derecho Procesal, así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Los principios y los valores no asumen protagonismo. Por tanto, aquéllas serían las razones jurídicas sobre las que se sustentaría la fundamentación jurídica del dictamen.

En el ámbito Penal es destacable la mayor relevancia que asume la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en general, la relativa a los derechos fundamentales. Los principios también pueden ostentar mayor presencia, esencialmente en el ámbito del Derecho Procesal, a la vista de la repercusión que en este sector ostentan los derechos fundamentales y determinados principios relevantes para su interpretación, como el de proporcionalidad.

Las razones no prácticas gozan de gran y especial relevancia en la resolución de los dictámenes, en la medida en que son las que permiten establecer una interpretación concreta de los preceptos legales, de los conceptos empleados en ellos o de los derechos reconocidos en los mismos.

El razonamiento justificativo, por otra parte, estaría muy presente en esta modalidad de prueba, dado que se pretende sustentar la decisión final (las respuestas al dictamen) en virtud de la doctrina jurisprudencial vigente. Por tanto, no sólo se exige que la decisión sea razonable, sino que también sea, en la medida de lo posible, coherente con el Derecho preexistente.

Desde una perspectiva formal, en el orden Civil aparecen los diferentes esquemas argumentativos estudiados, tanto el subsuntivo, como el finalista y el de la ponderación. No obstante, el protagonismo en la argumentación material está asumido por el esquema subsuntivo, puesto que la utilidad de los restantes es puntual.

Valorando la relevancia que ostentan las razones jurídicas, esencialmente las legales, la limitación existente en el ámbito de las razones extrajurídicas (los hechos probados vienen configurados en el contenido de la prueba) y de las razones morales, el papel secundario que se otorga en el dictamen a los principios y los valores respecto de las fuentes legales y la importancia del esquema subsuntivo frente a la ponderación el dictamen civil se incardinaría, desde la perspectiva de la argumentación, en el ámbito de la teoría subyacente al juez formalista y al juez creador.

En el ámbito Penal el esquema subsuntivo es el que domina el esquema argumentativo exigido en la prueba, si bien el de la ponderación podría asumir un relevante protagonismo, fundamentalmente en las preguntas concernientes a diligencias o medidas propias de la fase de instrucción que afectan a los derechos fundamentales. El esquema finalista, por el contrario, sólo estaría presente en aquellos supuestos vinculados con el Derecho Civil (concreción de la responsabilidad civil).

En el Derecho sustantivo, en suma, la relevancia de la ley (dados los principios vigentes en el ámbito del Derecho Penal, como el de tipicidad, legalidad o irretroactividad), la única presencia del esquema argumentativo subsuntivo y el hecho de que se imponga en la resolución del dictamen la introducción de razones basadas en los precedentes nos situarían en los modelos positivistas propios del juez creador hartiano, con caracteres propios del juez formalista kelseniano. En el ámbito del Derecho Procesal se exigiría un modelo argumentativo más próximo al juez integrador, que en base a los principios y a la ponderación hallaría la respuesta adecuada.

No obstante, estas valoraciones, como ya se ha indicado respecto de la faceta interpretativa, las establecemos más en virtud de los rasgos propios de la doctrina jurisprudencial que nuestros Tribunales desarrollan en cada orden jurisdiccional concreto que de los criterios de evaluación configurados para la resolución de los dictámenes, que se caracterizan por su exigüidad y parquedad.

Asimismo, se aprecia un cierto contraste entre los diversos dictámenes de cada orden jurisdiccional, pues las materias sobre las que versan las cuestiones incluidas en los mismos son, en unas ocasiones, más diversas y heterogéneas que en otros. En segundo lugar, la perspectiva desde la cual se formulan las preguntas, en ocasiones, es diferente. Así, en el orden Civil algunas preguntas plantean cuestiones jurídicas en

términos más similares a la posición que en el ámbito interpretativo asumen los jueces, al requerir un análisis previo destinado a verificar la concurrencia de una concreta figura jurídica que se suscita por alguna de las partes. Están más encaminadas, por tanto, a la “interpretación de la ley” (es decir, dirigidas al análisis de un precepto o institución concreto). En cambio, en otras cuestiones la interpretación está más enfocada hacia la “interpretación del Derecho”, con el objeto de que el candidato a magistrado precise la normativa y la figura jurídica (sustantiva o procesal) que sería aplicable a un determinado supuesto, otorgando al examinando una posición más propia de los abogados. Ello también se vislumbra en los dictámenes del orden Penal, que en ocasiones se aproximan más a la perspectiva de la parte acusadora del proceso penal que a la propia de juez penal⁴⁰ -el dictamen del año 2008 es un buen ejemplo de ello-, en aras a potenciar el desarrollo de la “interpretación del Derecho” en la materia concreta, aunque hay que admitir que el enfoque que, desde la perspectiva interpretativa, asume juez instructor sería más asimilable a la de las partes acusadoras.

Destacable es, como ya se ha reseñado anteriormente, la parquedad de los criterios de evaluación del dictamen y la terminología poco precisa que se emplea para la evaluación de esta prueba. La valoración de la “formación jurídica” y de la posesión por parte del candidato de una preparación “suficiente” dependerá, en gran medida, de las concepciones jurídicas desde las que partan los integrantes de los diferentes Tribunales calificadores. Se asumiría, desde los postulados de las respectivas convocatorias de los procesos selectivos, que existe una aceptación acrítica y transparente de aquello en lo que consiste la formación jurídica. Tampoco se detallan criterios para delimitar cuándo una determinada respuesta respeta los criterios de “corrección” y “completitud”, parámetros que se introducen en las “instrucciones generales” de los dictámenes (la que ofrezca la última posición jurisprudencial, la que describa la evolución de la jurisprudencia en la materia, la que contraste las contradicciones o fluctuaciones que se han generado en aquélla, la que introduzca aportaciones doctrinales que corroboren o que, por el contrario, propongan una modificación de la doctrina jurisprudencial, la que muestre de una forma más amplia los trabajos legislativos de una determinada materia, la que contraste los precedentes legislativos, la que se identifique con la voluntad del

⁴⁰ Nos referimos aquí al juez que conoce de la segunda fase del proceso penal, es decir, que celebra la vista oral y dicta la sentencia.

legislador o, al contrario, con la *mens legis*, la que ofrezca una adecuada justificación, ...). Como hemos comprobado en el estudio de los diversos modelos de juez, dichos conceptos podrían concebirse desde perspectivas sumamente dispares en función de la concepción del Derecho y del modelo de interpretación y de argumentación del que partamos, por lo que la evaluación de la prueba dependerá, en gran medida, de las concepciones del Derecho (implícitas, no explícitas) que sostengan los integrantes de cada Tribunal calificador.

A la vista de las valoraciones anteriormente expuestas sobre las características de este dictamen y del concurso de méritos es preciso advertir los contrastes que presenta este sistema de selección con el de la oposición libre. Y ello no sólo porque el perfil profesional de los candidatos sea diferente, lo que es fácilmente constatable (licenciados en Derecho sin experiencia profesional frente a profesionales con, al menos, diez años de ejercicio profesional), sino por las diferentes concepciones del Derecho y facetas que se potencian en las pruebas de acceso de los dos sistemas.

En primer lugar, es relevante que en la oposición libre se determina un temario muy detallado, mientras que en el concurso no se detalla ninguno.

Además, si bien en ambas pruebas se traslucen elementos propios de las concepciones positivistas, en la oposición libre existe una enorme presencia casi monopolio, del Derecho positivo en el contenido del temario, más concretamente de la ley, con las salvedades existentes respecto de los temas vinculados con el Derecho Constitucional, no planteándose la resolución de supuestos prácticos, lo que ha conllevado que la imagen del Derecho como práctica social, creativa, interpretativa y constructiva, del juez integrador, esté prácticamente ausente en esta primera fase de la oposición, siendo, sin embargo, la que preside el dictamen establecido para el acceso por la vía del concurso-oposición.

En cambio, en los dictámenes, la doctrina jurisprudencial es la protagonista, siendo la fuente del Derecho más valorada en el desarrollo de la prueba, dado que, además, no puede ser consultada por el opositor, sino que se exige su memorización, lo que no sucede con el Derecho positivo, que puede ser consultado durante la realización de la prueba.

Por tanto, los conocimientos instrumentales que se exigen para la superación de ambas pruebas son sumamente dispares en uno y otro caso: el Derecho positivo, esencialmente, la ley, en la oposición libre; la doctrina, científica y jurisprudencial, en el concurso-oposición.

En todo caso, del diferente formato y contenido de las pruebas sí se pueden constatar los diferentes perfiles que la institución convocante atribuye a los candidatos y a los futuros profesionales de una y otra prueba. Así, en el ámbito de la oposición libre se pretende un dominio básico de las múltiples instituciones presentes en el Derecho positivo, del cual se entiende que carecería el candidato, mientras que en el concurso se presume dicho conocimiento, el cual es ampliado con el dominio de la doctrina cuya memorización se impone. En segundo lugar, el perfil del futuro juez de ingreso se pretende que sea más generalista, lo que impone un conocimiento más amplio, pero menos profundo del Derecho, mientras que a los futuros magistrados se les exige un conocimiento más dilatado en aras de la especialización que se pretende desarrollen en su destino profesional.

Ello es consecuencia de las diferentes facetas que se potencian en cada proceso selectivo en el ámbito de la actividad interpretativa. Así, los exámenes de la oposición libre no conllevan operación interpretativa alguna, razón por la cual se ha identificado su modelo interpretativo con el propio del juez legalista, que presupone la ley clara y precisa. Además, se ha considerado, como se ha expuesto anteriormente, que el dominio de la legislación tendría utilidad, fundamentalmente, en el ámbito de la “interpretación del Derecho”, permitiendo de forma ágil al futuro juez la localización de la normativa aplicable a una figura jurídica concreta o a un supuesto dado y una adecuada sistematización de las fuentes de Derecho procedentes de diferentes instituciones, si bien soslayando situaciones complejas que se generan en la actividad interpretativa.

En contraste con ello, en el concurso oposición, sí existiría una concreta actividad interpretativa: tanto “interpretación del Derecho” (en orden a calificar jurídicamente hechos) como “interpretación de la ley”, si bien la dificultad del dictamen se centra en esta última, pues se exige al opositor la demostración de un amplio conocimiento de la doctrina jurisprudencial y científica que permita la adecuada

exégesis y posterior aplicación de un precepto normativo concreto, lo que ha motivado la identificación del modelo interpretativo que se propone en esta prueba con el del juez creador hartiano.

En el campo de la argumentación es evidente que en la oposición libre no se impone el desarrollo de una argumentación concreta al opositor, la cual sí existe en el concurso. Ambas pruebas, en todo caso, tendrían en común ciertos aspectos propios de las limitaciones a las que está sometido el dictamen cuya resolución se exige a los candidatos a magistrados. En este sentido, desde la perspectiva de la argumentación material, en ninguna de las dos pruebas se exigiría la delimitación de los hechos controvertidos en el supuesto, la admisión de la prueba ni la valoración del resultado de la misma, dado que los hechos probados desde los que parte el dictamen están ya concretados en el formato de la prueba, pues se ha de partir de un relato fáctico concreto preestablecido.

En la oposición libre, el amplio conocimiento que se ha de demostrar del Derecho positivo, permitiría el fácil uso en la actividad argumentativa del opositor de las razones jurídicas y de las razones prácticas (que constituyen el fundamento último de las resoluciones). En cambio, el dominio de la doctrina que se impone a los candidatos a magistrados facilitaría la utilización de razones jurídicas diferentes, la jurisprudencia, que se emplearían más frecuentemente como razones no prácticas (es decir, para justificar una concreta interpretación de un precepto legal, de su ámbito de aplicación, etcétera).

Desde la perspectiva de la argumentación formal, si bien no se exige en la oposición libre el recurso a ningún esquema argumentativo, el esquema subsuntivo sería el que más fácilmente sería utilizado y conocido por el opositor. En cambio, en los dictámenes se exigiría el recurso al esquema finalista y de la ponderación, aunque en el primero de estos la valoración de las circunstancias concurrentes para la consecución de la finalidad pretendida por la norma estaría ciertamente limitada, como ya se ha apuntado, por el relato fáctico impuesto en el dictamen.

A la vista de los contrastes tan relevantes que se aprecian, no sólo en el formato o en los requisitos de los candidatos, sino de las diferentes facetas de la interpretación y de la argumentación que se despliegan en las pruebas previstas para cada tipo de

576

proceso selectivo, sería deseable que se planteara, desde una reflexión de carácter científico-jurídica, el perfil jurídico de juez que se pretende sea desarrollado en la selección y la formación de los jueces. Este perfil favorecería una más adecuada delimitación de la concepción del Derecho y de los aspectos de la interpretación y de la argumentación que desde las instituciones competentes se pretenden potenciar en los jueces recién egresados, lo que promovería la científicidad del diseño de los procesos de selección.

Ello permitiría, asimismo, replantear los tipos de pruebas exigibles, concretar de una forma más precisa los aspectos jurídicos sobre los que ha de sustentarse la evaluación de los procesos de selección (sobre todo cuando consistan en la resolución de ejercicios prácticos) y clarificar qué fuentes del Derecho⁴¹ han de ser más valoradas en el desarrollo de los procesos selectivos.

En relación con los concursos discrecionales es llamativa la parquedad de los méritos previstos en la normativa actual como valorables en aquellos, cuya evaluación, además, no se fundamenta en un baremo tasado. Aspectos que contrastan con la amplia gama de méritos previstos en el concurso destinado a juristas con más de diez años de ejercicio profesional. Asimismo, los méritos explicitados en el Reglamento 1/2010, que regula estas vías de acceso, no traslucen unos parámetros jurídicos fundamentados para evaluar los currículos de los candidatos de una forma adecuada al perfil técnico-jurídico propio de la función jurisdiccional. No obstante, para ello se entendería necesario la elaboración de un perfil jurídico del candidato a juez y una adecuada fundamentación científica del mismo, objetivo que actualmente no consta que esté realizado.

⁴¹ La expresión fuente del Derecho la utilizamos en un sentido amplio, como fuente jurídica, lo que comprendería también la doctrina jurisprudencial y científica.

CONCLUSIONES Y PROBLEMAS ABIERTOS

En el presente trabajo de investigación nos proponíamos como objetivo profundizar en el estudio de los fundamentos jurídicos de los procesos de selección y de formación inicial de la Carrera Judicial española y cuestionar el perfil de juez que subyace en el diseño y configuración de aquellos. Con este propósito hemos estructurado el estudio en diferentes ámbitos, en los que hemos obtenido las siguientes conclusiones:

El estado de la cuestión sobre los procesos de selección de jueces en España.

A) Evolución histórica.

En el capítulo segundo hemos examinado las diferentes formas de selección de jueces establecidas en nuestra historia moderna y contemporánea, las cuales han sido objeto de una relevante y continua evolución. En la Edad Moderna, y hasta la época de la Ilustración, lo relevante en los candidatos eran sus cualidades personales y humanas y su adscripción a las sensibilidades propias de quienes detentaban el poder, al margen de su cualificación jurídica. En cambio, los procesos selectivos instaurados a finales del siglo XIX y consolidados durante el siglo XX (fundamentalmente, tras la vigencia de la Constitución de 1978) se han fundado en unos criterios más acordes con el Estado de Derecho, garantizando la imparcialidad en la evaluación de los procesos y situando su objetivo principal en asegurar que las pruebas o concursos que los integren acrediten la preparación intelectual y, fundamentalmente, la cualificación jurídica de los candidatos, con la finalidad de facilitar a los futuros jueces una adecuada formación para el desempeño de las relevantes funciones que tiene encomendadas actualmente la jurisdicción.

No obstante, este último objetivo no ha tenido una adecuada concreción en la regulación de los diversos procesos de selección de jueces que han coexistido en nuestra

reciente democracia, como se acredita en las precipitadas y continuas revisiones a las que han sido sometidos durante los últimos treinta años, motivadas más por causas coyunturales que por una reflexión científica sobre los presupuestos jurídicos en torno al contenido, límites y finalidad de la función judicial. Los procesos instaurados para la cobertura de plazas en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Superior de Justicia, cuyo nombramiento tiene lugar en el ejercicio de las facultades discrecionales atribuidas por la LOPJ al Consejo General del Poder Judicial, se caracterizan por la parquedad y vaguedad de los méritos exigidos, reflejando, una vez más, la inexistencia de un perfil jurídico de juez definido que fundamente los currículos de los candidatos.

B) La doctrina española sobre la selección de los jueces.

En este contexto, en el capítulo tercero hemos estudiado los distintos fundamentos desde los cuales la doctrina española ha analizado la selección y la formación de los jueces en nuestro país. Desde la promulgación de la Constitución y a la luz de la regulación legislativa, múltiples autores han pretendido desarrollar y cuestionar los criterios desde los cuales ha de configurarse la formación y selección de los jueces. Las aportaciones existentes en esta materia son muy heterogéneas, pues valoran parámetros sumamente dispares para fundamentar sus consideraciones y críticas sobre los actuales procesos formativos: el perfil moral o ético del juzgador, la salvaguarda de la independencia de los jueces o del Poder Judicial en el diseño de los procesos selectivos, el bagaje cultural del juez o las diferentes competencias profesionales que han de dominar los jueces. No obstante, estos autores soslayan las peculiaridades propias y específicas del contenido de la función jurisdiccional, no aportan elementos adicionales precisos para configurar los procesos selectivos desde una perspectiva epistemológica jurídica y, en definitiva, no avanzan en la definición de un perfil jurídico de juez o en el modelo de juez que, desde la epistemología del Derecho, se pretende configurar.

Los trabajos que se han centrado en la dimensión jurídica de la función jurisdiccional, ciertamente, promueven que los procesos selectivos se adecúen a las funciones específicas de los jueces, lo que conlleva la valoración en aquellos de la capacidad de argumentación de los aspirantes y de aspectos propios de la actividad interpretativa. Enfatizan, asimismo, la necesidad de considerar en su diseño los nuevos rasgos con los que se caracteriza actualmente al Derecho, como la superación del legicentrismo, la cada vez mayor influencia de la jurisprudencia, la complejidad de los

sistemas jurídicos (en su faceta nacional, inter o supranacional) y la relevancia actual de los derechos fundamentales y de los principios y valores constitucionales.

No obstante, incluso aquellas aportaciones que son críticas con el actual sistema de selección, prestan una escasa atención a los fundamentos de epistemología jurídica en torno a los cuales fundamentar sus críticas al modelo actual. Es destacable en algunas de estas aportaciones la falta de precisión conceptual con las que se aluden a las facetas jurídicas de los jueces o de la función jurisdiccional. Incluyen criterios de valoración que se caracterizan en numerosas ocasiones por su acientificidad, por fundamentarse en prejuicios consolidados (la mayor parte de ellos de carácter ideológico) y por partir de estereotipos de jueces caracterizados de una forma muy difusa y ambigua y que se conciben de modo transparente como el único modelo de juez admisible o existente, lo que impide, a su vez, avanzar en investigaciones ulteriores sobre la materia. No facilitan muchos de estos autores, en suma, una fundamentación jurídica amplia y precisa de sus postulados que les hagan valedores de sus posiciones.

Es por ello que, ante estas constataciones, se ha considerado la pertinencia de introducir un estudio científico, desde la perspectiva de la epistemología jurídica, que analice los fundamentos desde los cuales se enfoca en España la selección y formación inicial de los jueces, que cuestione el concreto modelo de juez que se pretende formar desde las instituciones competentes y que, en definitiva, residencie el debate sobre esta cuestión en el ámbito científico.

Metodología de la investigación: construcción de un *modelo epistemológico de referencia* en torno a diversas concepciones del Derecho.

Para lograr el objetivo del presente trabajo de investigación, hemos configurado en el capítulo cuarto un *modelo epistemológico de referencia*, conformado por diferentes modelos de juez que se corresponden, a su vez, con diversas *concepciones del Derecho*, cada una de las cuales tiene su origen en teorías jurídicas del Derecho que sostienen posiciones divergentes en cuestiones básicas vinculadas con el Derecho y que, a su vez, implican un diferente enfoque de múltiples aspectos relevantes de la función jurisdiccional: las fuentes del Derecho, los límites del Derecho y sus criterios de validez, la relación del mismo con la Moral, la interpretación jurídica o la argumentación. Proponemos, en suma, la utilización de "conceptos tipo ideales", en el

sentido de Max Weber, que funcionan como “conceptos límites” o conceptos “ideales” que, aunque no son copias de los hechos empíricos, esto es, no existen en estado puro en la realidad histórica, los construimos como conceptos abstractos de un fenómeno que nos representamos para analizar un conjunto de hechos, para explicarlos de manera racional y para relacionarlos con otros fenómenos.

Se han seleccionado para este análisis: los fundamentos propios de la Escuela de la exégesis; relevantes representantes del positivismo jurídico (Kelsen y Hart, que se consideran los modelos de positivismo más extendidos entre los autores españoles), pasando por el realismo jurídico, hasta concluir con un representante relevante de las teorías principialistas, que propugnan la plenitud o completitud del sistema jurídico (Dworkin).

La Exégesis define al Derecho como un conjunto de leyes caracterizadas por su completitud. Por ello, simplifica los procesos interpretativos, en la medida en que propone la exclusión en aquellos de todo elemento que pueda modificar el significado literal de los preceptos incluidos en la ley, consagrando el silogismo lógico-deductivo como el único esquema argumentativo admisible. Por estas características hemos denominado al juez dimanante de esta Escuela, *juez legalista*.

La teoría pura del Derecho de Kelsen califica al mismo como un sistema de reglas estructurado y jerarquizado en el que sí existirían ciertas deficiencias (que no comprenderían las lagunas), aunque muestra una notable desconfianza hacia la función de los principios. Define la interpretación como un proceso a través del cual se establece el sentido de una previa norma, que presenta un momento de reproducción de ésta y que ha de respetar los límites (el marco) fijados y delimitados por la propia norma. Labor que, al gozar de una dimensión creativa, implica el reconocimiento de una cierta discrecionalidad judicial. No obstante, Kelsen no desarrolla la dimensión argumentativa del razonamiento jurídico, al considerar que ello supone introducirse en ámbitos meramente subjetivos o volitivos. No puede, a su juicio, sistematizarse, pues ello excede del objeto propio de la Ciencia del Derecho, de lo estrictamente jurídico o formal. Es por estos rasgos de la teoría kelseniana que hemos calificado al juez dimanante de la misma como *juez formalista*.

El *soft positivism* hartiano también concibe al Derecho como un sistema conformado por reglas, que clasifica en función del papel que éstas asumen en aquél, aunque incluyendo en el mismo, junto al Derecho positivo, la presencia de los principios, que constituirían una referencia en el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Reconoce, asimismo, mayores deficiencias en este sistema que la teoría kelseniana, como las lagunas. Por ello, en el ámbito interpretativo y argumentativo, Hart muestra las limitaciones de la lógica deductiva y del razonamiento inductivo ante el carácter indeterminado de las normas y admite la necesidad de que la discreción se desarrolle, entre otros supuestos, ante las lagunas del Derecho y ante los casos que denomina como *difíciles*, en los que las normas no aportan una respuesta nítida desde el Derecho al supuesto planteado, introduciendo criterios para guiar el ejercicio de la constatable discrecionalidad judicial (como los principios) y aceptando, en definitiva, la necesidad de que los jueces en el ejercicio de su jurisdicción creen nuevo Derecho. Estas características de la teoría hartiana han motivado que identifiquemos el juez procedente de aquélla como *juez creador*.

Dworkin considera al Derecho como una práctica social compleja, cuya coherencia es suministrada por los principios y los valores. Además, compatibiliza los criterios de validez formales, propios de las anteriores teorías positivistas (que reconocen como Derecho al que surge de las instituciones del sistema institucional) con los materiales, en la medida en que desde su teoría es esencial la coherencia de lo jurídico con los principios y valores que fundamentan el Derecho. Propone un proceso interpretativo en el que, tras la identificación de las fuentes formales y a través de los principios y los valores existentes, promueve que el juez seleccione la consecuencia jurídica procedente, la *única respuesta correcta*. Por ello, no contempla la discrecionalidad judicial y niega la posibilidad de que el juez cree nuevo Derecho, pues, a su juicio, los supuestos no regulados por las reglas del sistema están, según Dworkin, cubiertos por los principios. Dworkin pretende guiar la aplicación justificada del Derecho, fundándose en la noción de coherencia y de integridad, con la pretensión de lograr que las decisiones judiciales sean plenamente aceptables y coherentes con los principios y valores que fundamentan el Derecho. Los principios y la ponderación de los mismos vertebran gran parte del razonamiento dworkiano. El juez que hemos inferido de esta teoría, dados los rasgos que la caracterizan, lo hemos identificado como *juez integrador*.

El movimiento realista relativiza, en cambio, las construcciones teóricas y dogmáticas sobre las fuentes del Derecho, en la medida en que lo relevante para los autores que conforman esta corriente doctrinal es construir una teoría de la decisión judicial sobre la base de una sociología de la decisión judicial. El Derecho es concebido como un medio para la consecución de objetivos sociales. Identifican la validez con la eficacia de la norma. La propuesta realista, al resaltar el carácter limitado de las fuentes formales, lo hace para enfatizar que sus deficiencias son una fuente permanente de discrecionalidad y de creatividad judicial. La interpretación es, así, una tarea esencialmente creativa cuyo ejercicio ha de sustentarse en un activismo judicial que coadyuve a la búsqueda de soluciones adecuadas a los problemas sociales. Por ello, con el ánimo de potenciar el activismo judicial, promueve que los jueces muestren las verdaderas razones que guían sus decisiones: la explicitación del contexto del descubrimiento en el razonamiento judicial. El juez que surge de este movimiento ha sido calificado, por lo expuesto, como el *juez activista*.

Ciertamente, los aspectos incluidos en el estudio de las diferentes teorías del Derecho anteriormente aludidas mantienen ciertas singularidades en el ámbito del Derecho español, que hemos resaltado en el capítulo quinto de la tesis. La Constitución de 1978 ha modificado sustancialmente el sistema de fuentes por la regulación y sistematización que introduce sobre las mismas. Las fuentes del Derecho tradicionales modifican, así, su fisonomía y surgen -además- nuevas fuentes con características propias. Las leyes ya no mantienen un carácter plenamente sistemático y estructurado. El Derecho autonómico, el internacional y la normativa proveniente de la Unión Europea, con sus propios principios y estructura, potencian este fenómeno. Por otra parte, es evidente la relevancia que ostenta en la actualidad la jurisprudencia, pues genera doctrina que supone nuevo Derecho aplicable, erigiéndose actualmente en un elemento indispensable para la adecuada interpretación de las normas jurídicas positivas, lo que implica la superación de los cánones que configuran al juez que hemos denominado como *legalista*. No obstante, ante la ambigüedad con la que la legislación española alude a la doctrina jurisprudencial, surgen numerosos interrogantes sobre la misma: sobre su posible carácter vinculante, sobre su propia naturaleza, sobre los términos en los que un juez puede desvincularse de un previo precedente, ...

La Constitución, asimismo, también ha modificado notablemente el panorama jurídico que vislumbraba el positivismo jurídico más clásico. Su papel, además, ha evolucionado sustancialmente desde los parámetros con los que era concebida por la Escuela de la Exégesis y la teoría pura del Derecho y, por ende, ha superado los términos en los que es proyectada desde los perfiles propios del *juez legalista* y del *juez formalista*. No obstante, en el ámbito doctrinal no ha existido unanimidad sobre la eficacia y repercusión que debe desplegar la Norma Constitucional, aun reconociendo su carácter de norma de aplicación directa, según ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional, y la necesaria vocación de jueces constitucionales que han de mantener actualmente los jueces y magistrados españoles. La mayor o menor influencia y eficacia de los principios y valores constitucionales, la doble dimensión de los derechos fundamentales (la eficacia inmediata y mediata de estos), el valor que los mismos mantienen en las relaciones jurídicas entre particulares, ... son aspectos que afectan de forma sustancial al modo en que los jueces pueden desarrollar la interpretación jurídica.

La cuestión de fondo que late en todo ello se centra en la concreción del valor que ha de ostentar el legislador y el juez en la interpretación judicial, en qué medida los jueces pueden asumir, a través de la interpretación, ámbitos antes sólo reservados al legislador. El equilibrio, en suma, entre un excesivo decisionismo judicial y los límites a los que está sujeto el Poder Judicial en la interpretación de la Constitución.

La relevancia de la Constitución no puede soslayar, en todo caso, la necesidad de que los jueces dominen, para el adecuado desarrollo de los procesos interpretativos, el articulado de las leyes, dado que éstas se erigen en el principal instrumento jurídico de desarrollo de la Constitución y despliegan las figuras e instituciones más básicas de las diferentes disciplinas jurídicas. Por ello, también siguen estando vigentes los conceptos de validez y la categorización de las fuentes del Derecho que ha propugnado, tradicionalmente, el positivismo jurídico (y que aquí representamos con las figuras del *juez formalista* y del *juez creador*).

Pero, en la actualidad, y dadas las características que asume el Derecho actual, para el dominio de la actividad interpretativa no sólo se exige un conocimiento de las leyes sino también una imprescindible interrelación de las distintas normas aplicables al supuesto enjuiciado. El dominio del Derecho, por tanto, ha de implicar unos conocimientos muy superiores al mero conocimiento del articulado de la legislación

positiva, que podía ser suficiente en épocas pretéritas. Los principios, la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, la relevancia de la norma constitucional o la coexistencia de distintos ordenamientos y la necesidad de que el juez articule de forma coherente estas múltiples fuentes del Derecho imponen nuevas exigencias a los jueces.

Los aspectos aludidos con anterioridad inciden, evidentemente, en el ámbito argumentativo. El esquema subsuntivo, si bien es el más empleado, deviene actualmente como insuficiente, no sólo por la presencia del esquema finalista, sino, fundamentalmente, por la relevancia que ahora ostenta la ponderación. La introducción del denominado "test de proporcionalidad" por la jurisprudencia constitucional, como instrumento para la ponderación de los derechos fundamentales, ha consolidado esta realidad, otorgando una presencia patente del *juez integrador* en este ámbito.

Las diversas consideraciones que la doctrina mantiene sobre la naturaleza y eficacia de las distintas fuentes muestran modos diversos sobre los términos en los que pueden desarrollarse los procesos de interpretación, las múltiples pautas, principios y parámetros que pueden guiar la actividad argumentativa y, en definitiva, las distintas concepciones jurídicas que los pueden fundamentar. La insuficiencia del método lógico-deductivo, los nuevos esquemas argumentativos en un contexto jurídico propio del nuevo constitucionalismo y las características del actual sistema de fuentes demandan un plus de exigencia en los actuales procesos de argumentación. Cobran, así, cada vez más relevancia los procesos de justificación de las decisiones judiciales, resaltados por la teoría dworkiana desde la que hemos perfilado al *juez integrador*.

En consecuencia, tanto la argumentación como el resto de las cuestiones analizadas en torno a nuestra práctica jurisdiccional (fuentes del Derecho y los aspectos relativos a la interpretación) están íntimamente vinculadas entre sí, tienen grandes repercusiones en el modelo de juez que se configura e, incluso, en el sistema institucional que se persigue y, por ende, en la evolución del propio Derecho. Todo ello muestra que el juzgador, al resolver y enjuiciar un litigio concreto ha de optar, implícita o explícitamente, por una concepción de la teoría del Derecho, pues los problemas que inciden en la interpretación y en la argumentación terminan confluyendo en cuestiones vinculadas a la concepción del Derecho que las sustenta.

Funcionalidad del *modelo epistemológico de referencia*.

En tercer lugar, hemos examinado, utilizando como instrumento de análisis el modelo epistemológico anteriormente aludido, los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia en España y de los procesos de selección y de formación inicial de jueces existentes actualmente en España. Todo ello con el propósito de precisar el modelo o modelos de juez que están más presentes en los procesos selectivos y compararlos con el modelo o los modelos de juez que surgen de la jurisprudencia, al efecto de precisar en qué medida los procesos de formación se adecúan a los retos y a la problemática que suscita el Derecho actual.

A) Análisis de jurisprudencia.

Para concretar las concepciones del Derecho que, de forma precisa, están presentes en la jurisdicción española, hemos desarrollado en el capítulo sexto un examen, desde una perspectiva jurídica, de los fundamentos sobre los que se desarrolla la jurisprudencia en España. Para ello, hemos utilizado el *modelo epistemológico de referencia*, conformado por los cinco modelos de juez ya aludidos.

De este estudio se constata la relevancia que asume la doctrina jurisprudencial. La misma se erige en un factor determinante para lograr una adecuada interpretación de todo el Derecho positivo, esencialmente de la ley, si bien los criterios en virtud de los cuales dicha doctrina jurisprudencial se conforma en cada caso concreto son sumamente heterogéneos. Se constatan en ella los múltiples y diferentes parámetros a los que aludía Hart en su teoría como factores con los que desarrollar la discrecionalidad judicial. También la efectividad de los derechos fundamentales, con la consiguiente doctrina del Tribunal Constitucional que los desarrolla y conceptúa, asume importancia en la interpretación de la ley, en orden a flexibilizarla o a interpretarla en términos más adecuados y favorecedores del pleno ejercicio de aquellos derechos.

En el Derecho Penal los parámetros interpretativos están más limitados que en el Derecho Civil por la vigencia en el mismo de los principios de taxatividad y de tipicidad, lo que favorece que el criterio gramatical y el sistemático asuman en este sector del Derecho gran relevancia, aunque la jurisprudencia Penal también recurre,

frecuentemente, a conceptos y doctrinas elaboradas por la dogmática penal, así como a heterogéneos criterios procedentes de múltiples disciplinas y ámbitos.

En las cuestiones propias del Derecho Procesal Penal que afectan de forma directa a los derechos fundamentales la jurisprudencia constitucional es actualmente determinante y de asidua referencia en las resoluciones judiciales. La misma ha desarrollado la normativa legislativa reguladora de las diligencias propias de la fase de instrucción de los procesos de la jurisdicción Penal y ha acogido el principio de proporcionalidad como eje argumentativo con el que ponderar los derechos y libertades afectadas. La eficacia directa de la Constitución se vislumbra, así, de forma determinante en las resoluciones que resuelven la procedencia de las diligencias que repercuten en el ejercicio de los derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional también asume una relevancia determinante en el Derecho Penal pues, a través de los procesos de inconstitucionalidad, el supremo intérprete de la Constitución ha generado sentencias interpretativas y exhortativas que modifican el ámbito, sentido y alcance de múltiples preceptos legales. El conocimiento de esta jurisprudencia, junto a la generada en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se considera imprescindible, por tanto, para el adecuado desarrollo de la interpretación jurídica.

La presencia e importancia de la ley como principal fuente del Derecho es innegable, lo que también se refleja en el hecho de que los tribunales asumen una notable vinculación con el tenor literal de las normas legislativas, pretendiendo respetar los límites o el "marco" de las mismas, al que aludía Kelsen (*juez formalista*). Ahora bien, este criterio no es determinante ni absoluto, en la medida en que los principios son capaces de matizar este postulado.

Destacable es, en suma, la amplia superación de los parámetros propios del *juez legalista*, pues ninguna de las resoluciones judiciales examinadas se limita a aplicar los preceptos legales de forma mecánica y directa, sin referencia alguna a doctrina jurisprudencial, a los principios o a cualquier otra fuente del Derecho. Los postulados desde los cuales se formula la Exégesis y sus criterios interpretativos son claramente insuficientes para explicar los procesos de interpretación y de argumentación actuales.

Los parámetros propios del positivismo jurídico, que aquí hemos personificado en los modelos del *juez legalista* y *formalista*, están presentes en los criterios

constatados en los procesos de interpretación y argumentación desarrollados en las sentencias analizadas. Ello se vislumbra en la relevancia que, dentro de las distintas fuentes del Derecho, mantienen las leyes. La pertenencia e identificación de las diferentes fuentes del Derecho vienen determinadas, asimismo, en gran medida, por criterios formales.

En el Derecho Penal, el respeto al marco legal predeterminado restringe las posibilidades de los principios. Esta situación, propia del Derecho Penal, vincula esta disciplina a algunas de las características propias del *juez formalista*. La interpretación, aquí, está sumamente condicionada por el *marco legal*. Por otra parte, la menor incidencia que conceptos vinculados a la moral o a la ética social surgen en esta rama jurídica y la vigencia de la denominada "cláusula de cierre" ante las lagunas jurídicas del sistema (la prohibición de la creación analógica o jurisprudencial de tipos penales) hacen que la teoría de la que emana este modelo de juez esté también presente en este orden jurisdiccional, si bien es resaltable la superación que la jurisprudencia refleja sobre las posiciones escépticas que Kelsen proponía respecto de los principios.

No obstante, los múltiples y diversos criterios asumidos por la jurisdicción para integrar el articulado del Derecho positivo y soslayar la ambigüedad y generalidad de su lenguaje y para integrar los ámbitos de discrecionalidad concedidos a la autoridad judicial -entre los que asumen una gran presencia el gramatical y el sistemático-, la relevancia que mantiene el criterio de validez formal en la identificación de las fuentes del Derecho, la sujeción que en la interpretación de la Constitución mantiene la jurisdicción ordinaria respecto de la constitucional, la polivalente posición que se atribuye a los principios del Derecho en los procesos interpretativos, la expresa influencia de la moral crítica -más específicamente en el Derecho Civil- en el razonamiento jurídico, la amplia discrecionalidad que asumen los jueces en la creación de nueva doctrina y las continuas referencias existentes en la misma a los límites conformados por la legislación, así como el asiduo recurso al esquema subsuntivo como esquema argumentativo más frecuentemente utilizado, nos aproximan a los estándares propios del *juez creador*.

El *juez activista*, realista, no asumiría un protagonismo patente. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo analizada refleja cómo las circunstancias singulares apreciadas por el juzgador en el supuesto enjuiciado pueden constituir uno de los

factores más intensos para legitimar la creación de nueva doctrina jurisprudencial y la evolución de la misma.

Caracteres del *juez integrador* se reflejarían, esencialmente, en los razonamientos vinculados a los derechos fundamentales que, en el Derecho Penal, son desarrollados por los jueces para ponderar en qué medida estos pueden quedar condicionados por diferentes diligencias de instrucción propias de las causas penales. Los derechos fundamentales como principios, la aplicación del test de proporcionalidad y la tutela y efectividad de los derechos nos acercan a posiciones propias de este modelo de juez. La teoría holística de los derechos fundamentales despliega en este terreno sus amplias potencialidades. También la profusa cita de jurisprudencia que, en ocasiones, contienen algunos de los pronunciamientos de las sentencias analizadas, en la medida en que potencia un razonamiento más justificativo, coherente e incardinado con la doctrina precedente visualiza, en cierta medida, la imagen de la *chain novel* dworkiana. Ello, además, favorece una limitación del voluntarismo judicial y de la discrecionalidad de los Tribunales. La influencia que los derechos fundamentales y la doctrina que los desarrolla puede ostentar en los procesos interpretativos y la posición que actualmente asumen los principios en los procesos de interpretación, nos incardinan también en el ámbito del *juez integrador*. Así, los principios no sólo orientan el desarrollo y las líneas de interpretación conformadas por la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, sino que, incluso, en una dimensión más amplia, pueden legitimar al juez para subordinar o soslayar el tenor literal de las normas positivas para configurar una nueva doctrina jurídica integradora que desarrolle interpretaciones más coherentes con los fundamentos propios de una rama del Derecho concreta, como se constata en la relevancia que ostenta el principio de reparación íntegra en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo. Esta nueva dimensión de los principios incorpora una concepción de validez de las normas ligada no sólo al ámbito formal (procesos de elaboración), sino también a su contenido material (coherencia con los valores y principios ínsitos en el Derecho). El modelo de *juez integrador*, en definitiva, aporta una mayor valoración de la argumentación, tanto desde la perspectiva formal como material. Desde la formal, con la incorporación de la ponderación de derechos y la función de los principios para dirimir múltiples controversias jurídicas. Desde la material porque potencia la razonabilidad, coherencia y justificación de los procesos interpretativos y, por tanto, la dimensión argumentativa del Derecho: el Derecho como procedimiento.

B) Análisis de los fundamentos jurídicos del proceso de acceso a la Carrera Judicial mediante la oposición libre.

En el capítulo séptimo hemos examinado los fundamentos jurídicos de las pruebas y fases que conforman la oposición libre, empleando también como instrumento de análisis el modelo epistemológico conformado por los cinco modelos de juez ya aludidos. La oposición se divide en dos fases: una primera, que comprende la realización de un test y dos exámenes orales y la segunda, que conlleva la superación de un curso en la Escuela Judicial y la realización de unas estancias tuteladas en órganos jurisdiccionales.

En la primera de estas dos fases subyace una preocupación relevante por consolidar en los futuros jueces el conocimiento teórico del Derecho, más concretamente, de los preceptos que comprenden el Derecho positivo y el articulado de las leyes que regulan las disciplinas relativas al Derecho Civil y Penal, Derecho Procesal, así como al ámbito del Derecho Constitucional), junto al propio contenido de la Constitución. Se pretende desarrollar un recorrido por la globalidad del Derecho positivo, aunque con una cierta independencia de la relevancia que cada figura o institución mantiene en el tráfico jurídico. También subyace una pretensión de sistematizar la aplicación de las distintas fuentes del Derecho y de las relaciones de validez y eficacia que rigen entre aquéllas. Se ofrece, así, una imagen del Derecho como conjunto de reglas coherentes y ordenadas. El Derecho como sistema, según lo conciben los positivistas, y la imagen de la pirámide kelseniana (*juez formalista*) aparecen presentes en el espíritu de la oposición libre.

Las pruebas que conforman esta fase de la oposición no exigen la realización de actividad interpretativa alguna, aunque la utilidad que obtiene de estas pruebas para el dominio de la actividad interpretativa va dirigida, esencialmente, hacia la “interpretación del Derecho”, en la medida en que el dominio de los preceptos normativos, normalmente legislativos, facilita la rápida localización de las normas que son de aplicación a un supuesto específico y la concreción de las figuras jurídicas que están presentes en el litigio en cuestión. Tampoco estas pruebas contemplan el desarrollo de la faceta argumentativa. No obstante, la memorización de los temarios reviste utilidad en la faceta argumentativa desde la perspectiva material, pues el Derecho que se memoriza es el que constituye el fundamento jurídico de las

resoluciones judiciales, aunque en rigor, las pruebas propuestas favorecen más un razonamiento explicativo, que se limita a motivar o explicar la resolución judicial, que justificativo, es decir, dirigido también a mostrar la decisión como coherente con los precedentes o los principios fundamentales de una determinada materia, aspectos -estos- casi ausentes en el diseño de las pruebas.

Por los motivos apuntados, tanto en el ámbito de la interpretación como en el de la argumentación, el modelo de juez que más se potencia en las pruebas diseñadas en la oposición libre es la del *juez legalista*.

La segunda fase del procedimiento selectivo (dependiente de la Escuela Judicial) contrasta con la primera en sus objetivos. En ella se pretende potenciar, precisamente, la dimensión del Derecho como práctica social, es decir, la capacidad en el alumnado para desarrollar la actividad interpretativa y argumentativa propia de la función jurisdiccional mediante una metodología de docencia basada en el "método del caso".

No se hace una mención explícita en las directrices iniciales del plan docente a alguna concreta concepción o concepciones del Derecho en las que se fundamente la docencia de la Escuela Judicial. Tampoco se alude de manera expresa a las fuentes del Derecho que han de ser aplicadas por los jueces en prácticas. Del contenido de los planes docentes se deduce que se sigue otorgando un valor considerable al conocimiento de las fuentes procedentes del Derecho positivo, especialmente de la ley, aunque se admite la existencia de una pluralidad de fuentes jurídicas que han de ser adecuadamente sistematizadas por el juzgador. No se incluyen en los planes, en general, referencias a la doctrina jurisprudencial ni tampoco, obviamente, a su valor o naturaleza. Tampoco se incluye alusión específica sobre la función de los principios del Derecho, cuyo término, incluso, se utiliza con diversas acepciones. Tampoco existen alusiones muy precisas sobre la normativa internacional o sobre la Norma Constitucional, ante la inconcreción existente sobre el papel que los derechos y los principios reconocidos en aquélla pueden asumir en los procesos de interpretación jurídica.

Asimismo, de la terminología empleada en el plan se deduce que la concepción implícita de la que se parte en la elaboración del Plan Docente sería aquélla que supone que el Derecho viene constituido por el conjunto de normas positivas (propia del *juez formalista*), dado que su aplicación práctica no se califica en los planes estrictamente

como Derecho, sino como un conjunto de habilidades y de competencias que han de dominar los jueces en prácticas.

Los planes docentes contienen numerosas expresiones referidas a la actividad interpretativa. Pero los criterios que se introducen en los planes se caracterizan por referirse, o bien a destrezas intelectuales genéricas (como la capacidad de análisis) o bien a expresiones que no delimitan con precisión el modo en que se pretende que se desarrolle la actividad interpretativa. No obstante, los criterios generales contenidos en los planes docentes relacionados con la interpretación nos sitúan ante las posiciones que hemos incluido en el *juez creador*, aunque más por sus lagunas que por sus específicas directrices, como se deduce del reconocimiento que se manifiesta en aquellos de la complejidad de la labor interpretativa (entre la que se encontraría la adecuada localización de la normativa aplicable), la omisión en la que incurren los planes sobre los principios y la ponderación y ante la ausencia de criterios en los planes para afrontar la problemática que se suscita en el ámbito interpretativo.

En lo que respecta a la faceta argumentativa se alude a la necesidad de que los jueces en prácticas ofrezcan una motivación clara y precisa de las resoluciones judiciales, sin mayor precisión sobre modelo argumentativo alguno.

Ciertas peculiaridades merecen destacarse, en el aspecto interpretativo y argumentativo, en la materia de Derecho Constitucional y de la Unión Europea, aunque sólo respecto de la programación establecida en el plan docente del bienio 2010-2012. Así, el programa de esta disciplina en ese plan se refiere a fuentes no aludidas en los programas de las restantes materias (como las procedentes de la Unión Europea). También se incluyen amplias referencias jurisprudenciales, que nos aproximan a la concepción del Derecho como práctica social (*juez integrador*), así como a los principios del Derecho que sirven, según se expone en el propio programa, como criterio para la interpretación de los preceptos reguladores de los derechos fundamentales y para la adecuada sistematización de la normativa procedente de la Unión Europea. Se enfatiza, asimismo, la relevancia de la normativa constitucional y de la jurisprudencia que la desarrolla para la adecuada interpretación de las disposiciones legales, así como la necesidad de que en los procesos de interpretación jurídica se consideren los derechos fundamentales de los litigantes que pudieran estar afectados en una controversia concreta. Desde la perspectiva de la argumentación los supuestos que

se analizan en la programación de esta materia suscitan la necesidad de que se valore el peso de los distintos derechos en conflicto para dirimir cuál de ellos ha de prevalecer, por lo que supone el uso del esquema argumentativo de la ponderación. Las peculiaridades resaltadas acercan los fundamentos del programa de esta disciplina a las teorías principalistas de Dworkin, al modelo del *juez integrador*.

Destacable es la inclusión en el plan docente correspondiente al bienio 2011-2013 de un perfil de juez que incluye un conjunto de competencias profesionales que se pretende que sean conseguidas por los jueces en prácticas durante su estancia en la Escuela Judicial. Llamativa es la forma en la que se presenta la formulación de este perfil de juez. En primer lugar, porque se parte de la consideración de que el modelo de juez que se ha de conformar en la formación inicial de los nuevos jueces y, por tanto, los objetivos a conseguir en la formación de los mismos, han de estar determinados en su totalidad por las necesidades sociales y de los profesionales. Asimismo, considera el plan docente que el modelo de juez debe comprender un marco general (que se entiende es el que se contiene en el propio plan) sobre el que no se pueden establecer más precisiones, dado que ello supondría inmiscuirse en posiciones ideológicas, las cuales, se añade, dan lugar a los distintos modelos de juez. Se reconducen los modelos de juez, exclusivamente, al ámbito ideológico, postulado que hemos pretendido refutar en el presente trabajo de investigación, pues los modelos de juez configurados proyectan diferentes modelos interpretativos y argumentativos elaborados desde criterios científicos y desde la epistemología del Derecho, no entendiéndose que la profundización en tales cuestiones haya de suponer, necesariamente, un posicionamiento ideológico concreto. En todo caso, se desconoce a qué se refiere el plan cuando alude a los distintos modelos de juez que proceden de las distintas posiciones ideológicas, al no concretarse mediante parámetro alguno. Además, las expresiones que se incluyen en el cuadro de competencias de los jueces y que comprenden aspectos vinculados a la actividad interpretativa y argumentativa revisten las mismas características comentadas con anterioridad respecto de las orientaciones generales de los planes docentes. Se caracterizan por su ambigüedad, al aludir a habilidades intelectuales genéricas que no concretan rasgos precisos del modelo de interpretación y de argumentación que se propone en la docencia de la Escuela Judicial.

Más allá de estas cuestiones, ambos planes docentes caracterizan al juez que se propone como modelo en la Escuela Judicial como el “juez constitucional”. Es la única definición que se realiza de forma expresa en el plan docente sobre el modelo de juez, el cual es caracterizado como el que “*sirve a los ciudadanos de un Estado Social y Democrático de Derecho*” (apartado 1.3.1), expresión que es predicable respecto de cualquier funcionario profesional (no sólo de los jueces) y que redundará más, si cabe, en la indefinición y ambigüedad del modelo de juez que se deduce de los distintos planes examinados.

Del contenido de los planes docentes podemos reconocer, sintetizando las valoraciones expuestas en el capítulo séptimo, la superación del modelo de *juez legalista*, propio de la Escuela de la Exégesis, ante el reconocimiento que se hace en el plan sobre la complejidad del sistema de fuentes y la problemática que se suscita en la localización de la normativa, en la mención, muy tangencial que se efectúa sobre la doctrina jurisprudencial y, fundamentalmente, en la relevancia que se otorga a la Constitución y a los derechos fundamentales. El modelo que se trasluce de las directrices del plan se correspondería más con uno cercano al positivismo jurídico, que pretende una adecuada sistematización de la totalidad del sistema jurídico y otorga un ámbito de discrecionalidad al intérprete, pero que soslaya criterios concretos tanto para la resolución de la problemática que se puede suscitar en el ámbito de la interpretación jurídica como para el desarrollo de una teoría integral de la argumentación que oriente el desarrollo de la práctica judicial. Los criterios que hemos colegido en relación con el contenido del programa de la materia relativa al Derecho Constitucional y de la Unión Europea del plan docente 2010-2012, si bien nos aproximan a una teoría principialista o al modelo del *juez integrador*, se sitúan como un ámbito estanco, apreciado en un solo plan docente, y que no constituye un correlato de las directrices generales que presiden el plan docente, lo que dificulta aún más la identificación del modelo de juez que se ofrece en la enseñanza ofrecida en la Escuela Judicial.

En todo caso, los contenidos de los planes docentes se caracterizan, esencialmente, por la ausencia de una explicitación de los criterios en base a los cuales se puede sostener una concepción (o concepciones) del Derecho o algún modelo de interpretación o argumentación. Lo destacable, en suma, tanto en el plan del bienio 2011-2013 como en el precedente (2010-2012), es la indefinición y ambigüedad en la

terminología jurídica empleada y en la falta de concreción de los modelos de interpretación y de argumentación en base a los cuales se pretende formar al alumnado de la Escuela Judicial.

Llama la atención, por ello, el protagonismo que en el contenido del plan se otorga a las metodologías de trabajo y de docencia frente a la escasa reflexión que se trasluce en cuestiones jurídicas que se consideran esenciales en la configuración, no sólo de la docencia impartida desde la Escuela Judicial, sino del modelo de juez que se propone desde la misma. De todo ello se deduce, principalmente, que en la elaboración del plan docente se parte de la presunción de la existencia de un modelo universal de interpretación y de argumentación que es nítido y claro y que ha de sobreentenderse como algo asumido, por lo que, en consecuencia, no se explicita (*fenómeno de transparencia y naturalización de la concepción del juez*). Así, en la elaboración del plan docente se considera, por tanto, que el problema de la elaboración del currículo puede ser abordado, desde el punto de vista de la enseñanza, de manera relativamente independiente del conocimiento científico que es objeto de la misma. Es decir, se presupone que lo problemático está en la selección de los contenidos, su secuenciación y temporalización y en la metodología de enseñanza, pero sin un cuestionamiento explícito sobre el saber jurídico, asumiendo, pues, que existe una forma universal e incuestionable de concebir el Derecho y la figura del juez, de organizar los conocimientos jurídicos y de interpretar y de argumentar.

Por tanto, la concepción del Derecho y los modelos de interpretación y de argumentación que se transmiten a los alumnos de la Escuela Judicial dependerán, en gran medida, de los modelos y de las concepciones, no explícitas sino implícitas, que asuman cada uno de los docentes de la Escuela Judicial (durante el período de docencia) y cada uno de los jueces tutores (durante la etapa de prácticas tuteladas), ante las lagunas que sobre esta materia se aprecian en el plan docente de la Escuela Judicial.

C) Análisis de los fundamentos jurídicos del proceso de acceso a la Carrera Judicial mediante concurso destinado a juristas con más de diez años de ejercicio profesional.

En el capítulo octavo de la tesis hemos analizado el proceso de selección previsto para juristas con más de diez años de ejercicio profesional. Esta vía de acceso se compone de tres fases: un concurso de méritos, un dictamen y, por último, una

entrevista ante el Tribunal calificador. La valoración de los méritos, que comprende la primera fase del proceso selectivo, confiere al Tribunal Calificador una amplia discrecionalidad, dado que no se expresan en las bases de las convocatorias aspectos concretos en los que se ha de fundamentar la valoración aludida ni en qué medida dicha puntuación guarda relación con el ejercicio de la actividad interpretativa o argumentativa. Del conjunto del baremo explicitado en la legislación no se deducen unas directrices jurídicas nítidas que fundamenten la selección del conjunto de los méritos actualmente evaluables. Se aprecia, por tanto, que la configuración del baremo en la actualidad no responde de una forma específica al perfil técnico-jurídico propio de la función jurisdiccional y al adecuado desarrollo de las facetas propias de ésta, esencialmente, la interpretación jurídica y la argumentación.

La entrevista, prevista en el proceso selectivo como complemento de la valoración que de los méritos de los candidatos efectúa el Tribunal Calificador, se caracteriza por la ambigüedad con la que está configurada, pues en la misma se establece que se valorarán los conocimientos en las novedades jurídicas generadas en las materias correspondientes y, simultáneamente, se dispone que no puede convertirse en un examen de conocimientos. En la práctica, la entrevista puede estar marcada por una gran dosis de subjetividad y de discrecionalidad, dado que el tipo de cuestiones que se pueden plantear e, incluso, su formato no están definidos en las convocatorias y porque no está delimitada desde criterios precisos que permitan comprobar en qué medida los méritos aducidos son relevantes para el ejercicio de las facetas jurídicas propias de la función jurisdiccional.

La segunda parte de este proceso de selección está constituida por un dictamen, el cual reviste ciertas peculiaridades en función de la especialidad que constituye el objeto de la convocatoria. No existe temario definido en las convocatorias para afrontar esta prueba.

Las bases de las convocatorias de estos procesos selectivos no incluyen directrices precisas para la valoración de la faceta interpretativa y argumentativa o las fuentes del Derecho. Ciertamente, se alude en los criterios de evaluación del dictamen a la valoración de los conocimientos concernientes a la doctrina jurisprudencial y científica y a las novedades legislativas, así como -en lo que respecta a la faceta argumentativa- a la calidad de la argumentación que se desarrolle en aquélla por el

opositor, tanto desde la perspectiva formal como material, aunque no se explicitan de una forma más detallada y objetiva los términos en virtud de los cuales se han de evaluar las facetas aludidas.

Por ello, las consideraciones que hemos incluido en la tesis en relación con los parámetros desde los cuales se diseñan los dictámenes y, más concretamente, la vinculación de aquellos con los modelos de juez que hemos configurado en la presente investigación los hemos inferido más de las características propias de la jurisprudencia desarrollada en cada uno de los órdenes jurisdiccionales sobre los que versa el dictamen que sobre los propios criterios jurídicos establecidos en las bases de las convocatorias y en las instrucciones de los dictámenes, pues los mismos son sumamente parcos y exigüos.

No obstante, hemos incluido una serie de valoraciones sobre los aspectos jurídicos que se reflejan en los dictámenes. En los mismos se supera la concepción del Derecho del juez *legalista*, propia de la Escuela de la Exégesis, en la medida en que se valoran de forma determinante los conocimientos del opositor sobre la jurisprudencia. La concepción del Derecho como práctica social mantiene, asimismo, un importante protagonismo no sólo porque la prueba suponga un ejercicio de interpretación y argumentación, sino porque se pretende que el aspirante tenga un adecuado conocimiento de la doctrina jurisprudencial existente sobre las materias planteadas y que se muestre en la resolución del dictamen una coherencia con los precedentes previos.

El objeto de los dictámenes en el ámbito interpretativo, en los distintos órdenes, se centraría en la “interpretación de la ley”. En los dictámenes de Derecho Civil se exige al opositor la demostración de un amplio conocimiento de la doctrina jurisprudencial y científica que se ha desarrollado sobre determinadas figuras jurídicas, instituciones o preceptos normativos de especial relevancia. En los dictámenes del orden jurisdiccional Penal, se requiere un estudio de la doctrina existente sobre los elementos que conforman los tipos penales descritos en el Código Penal, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y de la participación delictiva y, por último, de los aspectos relativos al cumplimiento de las penas. En el ámbito del Derecho Procesal, el opositor puede desarrollar un razonamiento más justificativo, el cual estaría caracterizado por la ponderación de los derechos en conflicto. El razonamiento

justificativo, por otra parte, estaría muy presente en esta modalidad de prueba, dado que se pretende sustentar la decisión final (las respuestas al dictamen) en virtud de la doctrina jurisprudencial vigente. Por tanto, no sólo se exige que la decisión sea razonable, sino que también sea, en la medida de lo posible, coherente con el Derecho preexistente.

Asimismo, se aprecia un cierto contraste entre los diversos dictámenes de cada orden jurisdiccional, pues las materias sobre las que versan las cuestiones incluidas en los mismos son, en unas ocasiones, más diversas y heterogéneas que en otros. En segundo lugar, la perspectiva desde la cual se formulan las preguntas, en ocasiones, es diferente.

Considerando las constataciones efectuadas en el capítulo sexto, dedicado al análisis de los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia, son los postulados positivistas del *juez creador* y *formalista* los que están más presentes en la resolución de los dictámenes. El modelo del *juez integrador* asumiría mayor protagonismo en el ámbito del Derecho Procesal Penal, dado que en esta disciplina el opositor puede desarrollar un razonamiento más justificativo que ponderara los derechos en conflicto. Aunque, hay que reiterar, estas constataciones las hemos efectuado más en virtud de las conclusiones obtenidas del análisis de la jurisprudencia que hemos incluido en el capítulo sexto que de los parámetros en torno a los cuales se diseña el dictamen.

Es destacable, en suma, la terminología poco precisa que se emplea para la evaluación de esta prueba. La valoración de la "formación jurídica" y de la posesión por parte del candidato de una preparación "suficiente" (parámetros empleados como criterios de evaluación de los dictámenes en las respectivas convocatorias) dependerá, en gran medida, de las concepciones jurídicas desde las que partan los integrantes de los diferentes Tribunales calificadores. Se asumiría, desde los postulados de las respectivas convocatorias de los procesos selectivos, que existe una aceptación acrítica y transparente de aquello en lo que consiste la formación jurídica. Tampoco se detallan criterios para delimitar cuándo una determinada respuesta respeta los criterios de "corrección" y "completitud", pautas mencionadas en las "instrucciones generales" de los dictámenes. Por tanto, la evaluación de la prueba dependerá, en gran medida, de las concepciones del Derecho (implícitas, no explícitas) que sostengan los integrantes de cada Tribunal calificador.

Por otra parte, las diferencias tan relevantes existentes entre este último proceso de selección y la oposición libre cuestionan cuáles ha de ser las directrices en base a las cuales han de configurarse los procesos de selección de los jueces y magistrados¹.

Por último, en relación con los concursos discrecionales, hemos constatado que en la actualidad no existen en estos procesos de acceso a la Carrera criterios jurídicos objetivos que fundamenten un análisis riguroso de los aspectos interpretativos o argumentativos o cualquier otra faceta del currículum de los candidatos que esté vinculada con el ejercicio de la función jurisdiccional ni parámetros que delimiten, de alguna forma, el modelo o perfil jurídico de juez que se propone desde las instituciones encargadas de seleccionar a los magistrados.

D) La adecuación de los procesos selectivos a las características de la jurisprudencia.

Es evidente que la primera fase de la oposición libre no aporta los elementos suficientes para la resolución de los problemas interpretativos y argumentativos que han de afrontar los jueces en el ejercicio de su jurisdicción, según se deduce del análisis desarrollado en los capítulos sexto y séptimo de esta tesis. Hay que reconocer que la superación de las pruebas aporta un conocimiento amplio de las principales razones jurídicas que han de aplicar los jueces y facilita lo que hemos denominado la "interpretación del Derecho". Pero, dado que las pruebas de la oposición no exigen afrontar una efectiva actividad de interpretación y argumentación, impiden que el opositor tenga que recurrir a pautas para superar las indeterminaciones del sistema jurídico o al desarrollo de razonamientos explicativos y justificativos, con los consiguientes esquemas argumentativos que les son propios. De hecho, la primera fase de la oposición libre la hemos enmarcado en torno al *juez legalista*, mientras que el análisis de la jurisprudencia efectuado en el capítulo sexto ha constatado que la misma

¹ Las diferencias se aprecian en: el temario (inexistente en el concurso y muy detallado en la oposición), las fuentes jurídicas cuyo conocimiento es más valorado (el Derecho positivo en la oposición, la jurisprudencia en el concurso) y las diferentes facetas que desarrollan las pruebas previstas en cada proceso selectivo (la "interpretación del Derecho" y un razonamiento explicativo en la oposición, la "interpretación de la ley" y un razonamiento más justificado en el concurso).

supera claramente los rasgos propios del *juez legalista* para vincularse a las características propias del *juez creador*, *juez integrador* y *juez formalista*.

La segunda fase de la oposición libre pretende aproximar al opositor a la problemática y situación que ha de afrontar el juez para resolver los litigios, al exigir a los alumnos enfrentarse a situaciones propias de la jurisdicción. En el análisis efectuado hemos vinculado los planes docentes con rasgos inherentes al *juez creador*, *juez formalista* y al *juez integrador*. No obstante, la inexistencia de un posicionamiento concreto en los planes docentes sobre la concepción del Derecho de la que se parte y sobre la naturaleza de distintas fuentes (la jurisprudencia o los principios), la indefinición del modelo interpretativo y argumentativo que se postula desde la Escuela Judicial y, en definitiva, del modelo de juez que se propone desde la misma provoca que los términos en los que los jueces en prácticas respondan a las situaciones que ha de afrontar la jurisdicción dependan, en gran medida, de los parámetros y concepciones desde las que partan cada uno de los docentes de la Escuela Judicial.

En lo que concierne al acceso a la Carrera Judicial mediante concurso destinado a juristas, no consta que el baremo se elabore y que los méritos aducidos se evalúen en torno a aspectos vinculados con las actividades propias e inherentes de la actividad judicial (interpretación y argumentación). El dictamen, ciertamente, exige afrontar la realidad propia de la actividad jurisdiccional y el desarrollo de algún modelo interpretativo y argumentativo, lo que nos ha permitido relacionar los dictámenes con modelos de juez apreciados en el análisis de la jurisprudencia, máxime cuando en los criterios de evaluación se incluye el conocimiento de la doctrina jurisprudencial. Pero, la inconcreción y vaguedad de los parámetros en torno a los cuales se evalúa la prueba, no permiten definir de forma precisa en qué medida o términos ha de ajustarse la resolución del dictamen a los criterios empleados por la jurisprudencia para la resolución de los supuestos planteados.

En virtud de todo lo expuesto, el *modelo epistemológico de referencia* construido ha permitido formular, en suma, las siguientes aportaciones:

En primer lugar, el *modelo epistemológico de referencia* ha permitido constatar la escasa reflexión que se trasluce sobre cuestiones jurídicas en el diseño de los procesos de selección y de formación inicial de los jueces y magistrados vigentes en España, las

cuales se consideran esenciales en la configuración del modelo de juez que se propone desde las instituciones encargadas de la selección de los jueces.

En segundo lugar, el *modelo epistemológico de referencia* ha permitido constatar una falta de correlación consistente entre los instrumentos que se exigen en la práctica jurisdiccional para resolver la problemática que ha de afrontar la jurisdicción y los fundamentos sobre los que se articulan los procesos de acceso a la Carrera Judicial.

En tercer lugar, el *modelo epistemológico de referencia* y el resultado de los análisis desarrollados mediante el mismo evidencian la inseparabilidad y dependencia existente entre la epistemología jurídica y los procesos que se suscitan en la enseñanza del Derecho y, concretamente, el proceso de formación de jueces. Por ello, el *modelo epistemológico de referencia* ha permitido refutar el postulado, sostenido desde las instituciones competentes en la selección de los jueces y desde parte de la doctrina, de que los modelos de juez se han de reconducir, necesariamente, al ámbito ideológico, pues los modelos de juez configurados en el presente trabajo de investigación proyectan diferentes modelos interpretativos y argumentativos elaborados desde criterios científicos y desde la epistemología del Derecho, al margen de posicionamientos ideológicos concretos. El *modelo epistemológico de referencia*, por tanto, inaugura una nueva vía de entrada para abordar los problemas de la investigación en el ámbito de la enseñanza-aprendizaje del Derecho.

En cuarto lugar, el *modelo epistemológico de referencia* ha puesto de manifiesto el *fenómeno de transparencia y naturalización de la concepción del juez* que subyace tanto en las directrices que guían los procesos de selección y formación de los jueces como en las aportaciones doctrinales que han tratado esta cuestión y que presupone que existe un modelo universal y único de interpretación y de argumentación y, en definitiva, de juez que es nítido y claro y que ha de sobreentenderse como algo asumido, por lo que, en consecuencia, no es necesario explicitarlo.

En quinto lugar, el *modelo epistemológico de referencia* ha evidenciado la necesidad de formular un modelo científico desde la especificidad del Derecho (un *modelo de juez de referencia*) desde el que diseñar los procesos de selección de los jueces, pues este modelo sobre el saber jurídico ha de ser formulado y explicitado con

carácter previo al diseño de las pruebas selectivas, de los programas y de las metodologías empleadas para transmitirlo.

CUESTIONES ABIERTAS.

Tras las conclusiones de la presente tesis doctoral podemos formular una serie de cuestiones que surgen tras su finalización y que son susceptibles de ser desarrolladas en ulteriores investigaciones:

- Sobre los modelos de juez:

¿En qué medida y en qué sentido la explicitación del *modelo epistemológico de referencia* y la relación entre sus componentes puede clarificar el *modelo de juez de referencia* que se delimite como objetivo a conseguir en los procesos de formación de jueces?.

¿Cómo han de articularse los rasgos y características del *modelo epistemológico de referencia* construido para elaborar un *modelo de juez de referencia* que podamos delimitar como objetivo de la formación de los jueces?.

¿En qué medida los rasgos del *modelo de juez de referencia* dependerán de las características y principios configuradores de cada rama del Derecho?.

¿En qué medida los rasgos del *modelo de juez de referencia* dependen de la evolución actual de la jurisprudencia y del Derecho español y europeo?.

- Sobre la formación de jueces y la docencia del Derecho:

¿Sería el *modelo epistemológico de referencia* una herramienta eficaz para tratar de articular y reformular los procesos de formación de jueces sobre bases científicas y no sólo sobre ideologías y/o metodologías pedagógicas?.

La explicitación de un *modelo epistemológico de referencia*, ¿conllevaría la reestructuración de los procesos de formación y de docencia de los jueces y los saberes de los mismos?.

¿En qué medida la docencia del Derecho, en general, puede ser reformulada desde un *modelo epistemológico de referencia*, como el configurado en el presente trabajo de investigación?.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. “Balance conclusivo sobre la administración de justicia en un estado plurilingüe”. *La Administración de Justicia en un Estado Plurilingüe. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. Págs. 374-414.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. “Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados.” *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004. Págs. 11-56.
- AGÜERO, A. “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”. En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 19-58.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. “Tiempo y validez”. *Análisis lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Págs. 195-214.
- ALEGRE ÁVILA, J. M. “La LOPJ y los concursos entre juristas de reconocido prestigio para el acceso a la Carrera Judicial (comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 1988)”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1988. Págs. 115-126.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007.
- ALEXY, R. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988. Págs. 139-151.
- ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Nº 11. Enero-junio 2009. Págs. 3-14.
- ALEXY, R. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista española de Derecho Constitucional*. Nº 66. Septiembre-diciembre 2002. Págs. 13-64.
- ÁLVAREZ PÉREZ, T. “La Escuela Judicial”. *Revista jurídica de Cataluña*. Nº 2. 2000. Págs. 293-303.
- ANAYA GÓMEZ, A. “El llamado principio de discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1993.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Racionalizar y moralizar la política de nombramientos”. *Jueces para la democracia. Información y debate* Nº 52. 2005. Págs. 12-15.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y MOVILLA ÁLVAREZ, C. *El poder judicial*. Tecnos. Madrid. 1986.

- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. "Estado constitucional y producción normativa". *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Nº 25. 2011. Págs. 17-36.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. "Creación judicial de Derecho: crítica de un paradigma". VV. AA. *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor G. Losano*. IDHBC-Dykinson. Madrid. 2006. Págs. 519-554.
Localizable en: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9223/1/creacion_ansuategui_2006.pdf, a fecha de noviembre de 2011.
- APARICIO PÉREZ, M. A. *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Universidad de Barcelona. Barcelona. 1995.
- APARICIO PÉREZ, M.A. "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto de amparo constitucional". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 3. Mayo-agosto 1989. Págs. 47-85.
- ARAGÓN REYES, M. "La constitución como paradigma". *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 29-40.
- ARNALDO CUBILLA, E. "El ingreso en la Carrera Judicial". *Autonomía y Justicia en Cataluña*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 103-110.
- ARREGUI GIL, J. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 51-57.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Discrecionalidad y juicios comparativos." *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 61. 2008. Págs. 77-86.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Virtudes judiciales". *Claves de la razón práctica*. Nº 86. 1998. Págs. 32-42.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2010.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 12. 1992. Págs. 333-352.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel Derecho. Barcelona. 1996.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J. "Sobre principios y reglas". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 10. 1991. Págs. 101-120.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Argumentación y Constitución".

- Localizable en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf, a fecha de septiembre de 2011.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. VV. AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. CGPJ. Madrid. Págs. 247-262.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Constitucionalidad y decisión judicial. Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". *Isonomía: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 6. Abril. 1997. Págs. 6-30.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J. "La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución". *Revista española de Derecho Constitucional*. Nº 47. Mayo-agosto de 1996. Págs. 29-53.
- AUGER LIÑÁN, C. “Selección de los jueces, técnica, experiencia y cultura”. En Gimeno Sendra, V. (coord.) *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*. Iustel. Madrid. 2007. Págs. 1035-1048.
- AZÓN VILAS, V. “Algunos apuntes sobre los sistemas colaterales de acceso a la Carrera Judicial en España. Propuestas sobre la selección de jueces”. En Vals Gombau, J. F. (coord.) *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 83-106.
- BACIGALUPO SAGESE, M. “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional? *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 107. 2000. Págs. 407-420.
- BACIGALUPO, E. “Jurisprudencia y seguridad jurídica”. En Samper Juen, J. (coord.). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 131-152.
- BAGÜÉS, M. “Las oposiciones: análisis estadístico”. *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 59. 2007. Págs. 25-36.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid. 2000.
- BASTERRA, M.I. “El problema de las lagunas en el Derecho”. *Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Septiembre de 2003.
Localizable en: <http://www.glin.gov/view.action?glinID=173232>, a fecha de diciembre de 2010.

- BAYÓN, J. C. “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 13. Octubre. 2000. Págs. 87-117.
Localizable en:
<http://www.ugr.es/~apena/tablon/Materiales/BayonDerrotabilidadIsonomia.pdf>, a fecha de septiembre de 2011.
- BECCARIA, C. B. *De los delitos y de las penas*. Alianza. Madrid. 2004.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. “Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial”. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Samper Juen, Joaquín (dir.). Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 186-236.
- BLANCO GONZÁLEZ, A.. *Filosofía del Derecho: Las concepciones jurídicas a través de la historia*. Universidad Nacional de Educación a distancia. Madrid. 2005.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. “Sobre la necesidad de formación de los jueces”. *Jueces para la Democracia. Información y debate*. Nº 38. 2000. Págs. 17-24.
- BOBBIO, N. *El positivismo jurídico*. Editorial Debate. Madrid. 1993.
- CAJICA LOZADA, G. “Algunos conceptos, distinciones y aspectos interesantes en la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”. *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*. Nº 3. Págs. 121-134.
Localizable en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/3/pr/pr9.pdf>, a fecha de noviembre de 2010.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A. “El Derecho como integridad: Dworkin”. Working paper. Nº 25. Barcelona. 1990. Localizable en:
Localizable en: <http://www.recercat.net/bitstream/2072/1458/1/ICPS25.pdf>, a fecha de diciembre de 2010.
- CASAMIGLIA BLANCAFORT, A. “Postpositivismo”. *Doxa: Cuadernos de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 209-220.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A. “¿Por qué es importante Dworkin?”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 2. 1985. Págs. 159-166.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A. Prólogo de *Los derechos en serio*, de Ronald Dworkin. Ariel Derecho. 2002. Barcelona. Págs. 7-29.
- CARMONA RUANO, M. “La selección y formación del juez profesional”. *Documentación jurídica*. Nº 42-44. Vol. I. 1984. Págs. 595-621.
- CARMONA RUANO, M. “El papel de las asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados”. *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 38. 2000. Págs. 12-16.

CASANOVAS, P. "El realismo jurídico norteamericano. Introducción". *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Crítica. Barcelona.2000. Págs. 7-8.

CENTRE D'ESTUDIS JURIDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA DEL DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. "Perfil profesional del juez de Primera Instancia e Instrucción". 2006.

COMANDUCCI, P. "Principios jurídicos e indeterminación del derecho". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 89-104.

COMANDUCCI, P. "Modelos e interpretación de la Constitución". *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 41-70.

COMANDUCCI, P. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 16. Abril de 2002. Págs. 90-112.

CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE. "Recrutement, la selection, la formation initiales et la carriere des magistrats en Belgique et dans plusieurs autres pays membres de l'Union Europeenne. Le regne de la diversité". 2005.
Localizable en: <http://www.csj.be/doc/note-carmag.pdf>.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Libro Blanco de la Justicia* (aprobado en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha de 17 de enero de 2007). Madrid. 1997.
Localizable en:
<http://procuradoresalicante.com/El%20libro%20blanco%20de%20la%20%20Justicia.html>, a fecha de enero de 2009.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. informe sobre el Proyecto de la ley Orgánica 19/2003 de diciembre, por el que se reforma la LOPJ. Madrid. 2005.
Localizable en:
https://www.google.es/#hl=es&gs_rn=1&gs_ri=hp&tok=xIOpyy4wA2APRrOCsjpqw&cp=81&gs_id=a1&xhr=t&q=cONSEJO+GENERAL+DEL+PODER+JUDICIAL+iNFORME+SOBRE+proyecto+de+ley+org%C3%A1nica+19%2F2003&pf=p&tbo=d&sclient=psyab&oq=cONSEJO+GENERAL+DEL+PODER+JUDICIAL+iNFORME+SOBRE+proyecto+de+ley+org%C3%A1nica+19/2003&gs_l=&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_cp.r_qf.&bvm=bv.1355534169,d.d2k&fp=845a2e6cc305e273&bpcl=40096503&biw=1097&bih=534, a fecha de enero de 2009.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Grupo de Estudio de los modelos de acceso a la Carrera Judicial. "Informe del grupo de trabajo de Selección: El acceso a las Carreras Judicial y Fiscal: propuesta definitiva para el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de diciembre de 2010".
Localizable en:

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyV alue=156454&Download=false&ShowPath=false>, a fecha de enero de 2011.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Comisión Institucional para la para la elaboración de una nueva Ley de Planta Judicial (constituida mediante reunión del Consejo de Ministros de 24 de abril de 2009). "Informe de la Comisión de Planta Judicial".

Localizable en:

http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680017911&page name=Portal_del_ciudadano/Documento/TempDocumento&lang=es_es, a fecha de junio de 2010.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Competencias profesionales y Escuela Judicial (una aproximación a las competencias profesionales en el programa de formación inicial de la Escuela Judicial)". Documento del curso del Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Barcelona los días 11 y 12 de noviembre de 2010, bajo el título "Metodologías y evaluación de la enseñanza de la función judicial". Barcelona. 2010.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES. Opinion n. 1 (2001) *For the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, de 23 de noviembre de 2001.

Localizable en:

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2001\)OP1&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2001)OP1&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3), a fecha de marzo de 2010.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES. "Opinion n. 4 (2003) *To the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on appropriate initial and in-service training for judges at national and European levels*", de 27 de noviembre de 2003.

Localizable en:

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2003\)OP4&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2003)OP4&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3), a fecha de marzo de 2010.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES. Opinion n. 9 (2006) *On the Role of National Judges in Ensuring an Effective Application of International and European Law*, Strasbourg, 8-10 November 2006.

Localizable en:

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2006\)OP9&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2006)OP9&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3), a fecha mayo de 2010.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES. *Carta Magna de los jueces europeos*, aprobada por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, 17 de noviembre de 2010.

Localizable en:

http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CDQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2Fcgpj%2FOTROS%2520DOCUMENTOS%2FFICHERO%2FCARTA%2520MAGNA%2520CCJE%2520ESP_1.0.0.pdf&ei=FAnrUOepJca4hAeA2IGABg&usg=AFQjCNEVJw_vVAMawRA1DIUbfjJ5-mqOQQ&sig2=2gNrHJgrCHWi6K2XKEVUpw, a fecha mayo de 2011.

CONTRERAS PELÁEZ, F.J. “El debate sobre la superación del positivismo jurídico”. *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla)*. Nº5. 2007. Págs. 471-502.

COUNCIL OF EUROPE. Recommendations of the Committee of Ministers to member states. R (94) 12, *On the Independence, Efficiency and Role of Judge*, de 13 de octubre de 1994.

Localizable en:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=534553&SecMode=1&DocId=514386&Usage=2>, a fecha junio de 2010.

COUNCIL OF EUROPE. Recommendations of the Committee of Ministers to member states, *European Charter on the Statute for Judges*, en la reunión multilateral celebrada los días 8 a 10 de julio de 1998.

Localizable en:

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf, a fecha mayo de 2010.

CUENCA GÓMEZ, P. “Una aproximación a la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”. *El tiempo de los derechos*. Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Número 3. 2010. Págs. 1-17.

Localizable en: www.tiempodelosderechos.es/.../12-una-aproximacion-a-la-teoria-pura-del-derecho-de-hans-kelsen.html, a fecha de diciembre de 2010.

CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. “El modelo de juez”. En Vals Gombáu, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 23-32.

DABOVE, M. I. “El concepto de Derecho en la teoría de H.L.A. Hart. Perspectiva tridimensional”. *Investigación y Docencia*. 2003. Págs. 33-53.

Localizable en:

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/859/685>, a fecha de noviembre de 2010.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*. Civitas. Madrid. 1984.

DELGADO DEL RINCÓN, L.E. “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Primer trimestre de 2001. Págs. 12-61.

- DELGADO PINTO, J. "La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Nº 11. Enero-diciembre 2002. Págs. 15-43
- DEL REAL ALCALÁ, A. "¿Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. 2007. Págs. 1-8.
Localizable en: <http://www.uv.es/CEFD/15/delreal.pdf>, a fecha de enero de 2011.
- DEL REAL ALCALÁ, A. "Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del derecho". *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 56. 2006. Págs. 48-58.
- DEL REAL ALCALÁ, A. "La doctrina de la completitud del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo". *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. II. Teoría y Metodología del Derecho*. Editorial Dykinson. Madrid. 2008. Págs. 423-447.
- DE OTTO, I.. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid. Tecnos. 1986.
- DE OTTO, I.. "La función jurisdiccional". *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1989. Págs 109-129.
- DE PAULA CAMINAL I BADIA, F. "El ingreso en la Carrera Judicial. El acceso a la función jurisdiccional: el caso de los turnos". Borrell i Mestre, J., Paula Caminal i Badia, F., Alnaldo Alcubilla. E. (coord.). *Autonomía y Justicia en Cataluña*. VV.AA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 111-225.
- DE PRADA SOLAESA, J.R. "El nuevo sistema de selección de jueces: una huida hacia el pasado". *Boletín informativo Jueces para la Democracia*. Nº 14. Septiembre de 1995.
- DESDENTADO AROCA, E. "Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico". *Revista española de Derecho Administrativo*. 2008. Nº 139. Págs. 555-574.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. "Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y posible reparto de asuntos por razones lingüísticas". *La Administración de Justicia en un Estado Plurilingüe. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. Págs. 326-341.
- DÍEZ PICAZO, L. "Constitución, ley, juez". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 5. Nº 15. Septiembre-diciembre. 1985. Págs. 9-23.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GUYÓN, A. *Sistema de derecho civil. Vol I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid. Editorial Tecnos. 1985.
- DI FEDERICO, G. (dir.). *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands*

- and Spain*. Di Federico, Giuseppe (dir.). Istituto di ricerca sui sistemi giudiziari. Consiglio Nazionale delle Ricerche. University of Bologna. Italy. 2005.
- DOMINGO BALTÁ, J.A. "Carrera Judicial: acceso y formación". *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Págs. 41-54.
- DOVANOVIC, P. "El sentido de la discrecionalidad según Kelsen y Hart".
Localizable en: C:\Documents and Settings\UJA\Configuración local\Archivos temporales de Internet\Content.IE5\BSQ0GXHG\El_Sentido_de_discrecionalidad_según_Kelsen_y_Hart.doc[1].zip\ , a fecha de diciembre de 2010.
- DWORKIN, R. "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?". *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 68. 2010. Págs. 3-16.
- DWORKIN, R. "Political judges and the rule of law". *A matter of principle*. Harvard university press. USA. 1985. Págs. 9-32.
- DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Marcial Pons. Barcelona. 2007.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 2002.
- DWORKIN, R. *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992.
- DWORKIN, R. "Legal theory and the problem of sense". *Issues in contemporary legal philosophy*. Clarendon Press. Oxford. 1992.
- DWORKIN, R. "Is there really no right answer in hard cases?" *A matter of principle*. Harvard University Press. USA. 1985. Págs. 119-145.
- DWORKIN, R. "How law is like literature". *A matter of principle*. Harvard University Press. USA. 1985. Págs. 146-166.
- ENTRENA KLETT, C.M^a. "Ingreso, selección y promoción dentro de la función judicial". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1983. Págs. 59-67.
- ESPUNY, M.C. "La aplicación del Derecho". *A part rei. Revista de Filosofía*. Nº 25. Enero 2003. Págs. 1-7.
Localizable en: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/cinta2.pdf>, a fecha de enero de 2011.
- ETCHEBERRY, J. B. *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*. Editorial Comares. Granada. 2009.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE. *European Judicial Systems*. Council of Europe Publishing. France. 2010.

- EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY (ENCJ) *Londres Declaration: Judicial Ethics*. Report 2009-2010.
Localizable en:
<http://www.encj.eu/images/stories/pdf/ethics/judicialethicsdeontologiefinal.pdf>.
- FERNÁNDEZ, T.R. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Iustel. Madrid. 2005.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. "La línea de sombra". *El Derecho*. Enero/febrero 2008. Nº 43.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. "El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre." *La política de selección de jueces*. Valls Gombau, J.F. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 209-233.
- FERRAJOLI, L. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Págs. 13-30.
- FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia Penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*. Civitas. Madrid. 2002.
- FERRERES V., XIOL RÍOS JA., LAPORTA FJ. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Asociación coloquio jurídico europeo. Madrid. 2010.
- FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. Distribuciones Fontamara SA. México. 2001.
- FUNDACIÓN ANTONIO CARRETERO. *Nuevo modelo de acceso a la Carrera Judicial, de formación inicial y continuada*. Madrid. 2008. Documento elaborado por: Javier Hernández García, Ricardo Bodas Martín, Inmaculada Montalbán Huertas, Carlos Gómez Martínez, Félix Azón Vilas, José María Fernández Seijó e Iñaki González Vega.
- GARCÍA AMADO, J.A. "Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo". *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 237-264.
- GARCÍA CANTERO, G. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1983. Págs. 69-73.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*. Civitas. Madrid. 1997.
- GARCÍA FIGUEROA, A. "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho". *Diritto e questioni pubbliche*. Nº 3. 2003. Págs. 197-227.

- GARCÍA FIGUEROA, A. "La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo." *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Págs. 159-186.
- GARCÍA FIGUEROA, A. "Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría de la argumentación y teoría del derecho". *Sobre el razonamiento jurídico, Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso, Chile). Nº. 45. Págs. 193-218.
- GARCÍA GONZALO, T. "Control judicial de las pruebas para el acceso a la función pública". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1993.
- GARCÍA GONZÁLEZ, A. *Derecho Judicial. Importancia de la dogmática y de la técnica en la formación de los jueces y magistrados. Justicia intuitiva y justicia científica*. Editorial Reus. Madrid. 1934.
- GARCÍA HERRERA, M.A., LÓPEZ BASAGUREN, A. "Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial". *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado Autonómico. Estudios de Derecho Judicial*. Ibarra Robles, J.L. y García Herrera, M.A. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 127-207.
- GARCÍA MORENO, José Miguel. "La carrera judicial en Inglaterra y Gales". Localizable en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=Extranets/Jueces/ri ncipal.htm>, a fecha de abril de 2009.
- GARCÍA VALDÉS, C. "La selección y formación de jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales". *Revista del Poder Judicial*. Nº 7. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1987. Págs. 39-51.
- GIL MARTÍN, M. "La selección de jueces y magistrados y el Secretariado Judicial". *Terceras Jornadas de Derecho Judicial. Tomo II*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1987. Págs. 1031-1039.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J. "El recurso de casación penal. Origen y caracteres. La jurisprudencia vinculante ¿imperium o auctoritas?". *Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2011.
- GIMENO PRESA, M.C. "Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Riccardo Guastini." *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 23. 2000. Págs. 689-708.
Localizable en: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD23080718.pdf>, a fecha de noviembre de 2011.
- GODED MIRANDA, M. "Aportación a la terminología y sistemas de los derechos fundamentales". *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Volumen I*. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. 1989.

- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. “De la metodología de las sentencias a la selección de jueces”. *Realismo jurídico y experiencia profesional*. VV. AA. Atelier libros. Barcelona. 2009. Págs. 639-654.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. *De los jueces, de los abogados y de los juicios*. Thomson Reuters-Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2010.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial”. Localizable en: http://www.google.es/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4DVXA_enES308&q=carlos+g%c3%b3mez+mart%c3%adnez+el+acceso+a+la+carrera+judicial+, a fecha de agosto de 2010.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “Perfil de las profesiones jurídicas. Los retos del juez del siglo XXI: su formación”. *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*. Nº 53. Septiembre de 2001. Págs. 19-32.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “El modelo constitucional de juez”. *Política de selección de jueces*. Valls Gombau (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 35-69.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. “Las razones de la formación inicial del juez”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Nº 64. 2001. Págs. 247-269.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Thomson aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2003.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. “Formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados”. *Revista del Poder Judicial*. Número monográfico sobre Seminario sobre sistema judicial español: poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. “Carrera Judicial: acceso y ascenso”. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Págs. 11-40.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La selección de los jueces*. Thomson civitas. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008.
- GUARNIERI, C. “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”. En Jiménez Asensio, R. (Coord.) *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual de formación continuada*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 19-39.
- GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. *The power of judges. A comparative study of courts and democracy*. Oxford university press. Oxford. 2003.
- GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, P. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid. Taurus. 1999.

- GUASTINI, C. *Produzione applicazione del diritto. Lezione sulle prelegi*. Giappichelli. Torino. 1987.
- GUASTINI, R. "La interpretación: objetos, conceptos y teorías". *Interpretación jurídica y decisión judicial*. VV. AA. Cossío y Rodolfo Vázquez, J.R. (coord.). Fontamara. 2006. Págs. 19-38.
- GUASTINI, R. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Págs. 49-74.
- GUASTINI, R. "Los principios de derecho y la discrecionalidad judicial". *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 34. 1999. Págs. 39-46.
- HART H.L.A. "El nuevo desafío al positivismo jurídico". *Sistema*. núm. 36. Págs. 3-18. Localizable en: <http://jmcharles.blogia.com/2011/030201-el-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.-herbert-l.a.-hart.php>, a fecha de diciembre de 2010.
- H. L. A. HART. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961.
- HART, H.L.A. "¿Existen los derechos naturales?". *Estudios públicos*. Nº 37. 1990. Págs. 45-61.
- HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000.
- HART, H.L.A. "American jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream". *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford University Press. USA. Págs. 123-144.
- HART, H.L.A. "Problems of the philosophy of law". *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford University Press. USA. 2001. Págs. 88-120.
- HART, H.L.A. "Positivism and the separation of law and morals". *Hard Law Review*. Vol. 71. 1958. Págs. 593-529.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. "Una reforma necesaria pero insuficiente (a propósito de la Ley Orgánica 2/2004, de modificación del sistema de designación de determinados cargos judiciales). *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 52. 2005. Págs. 3-11.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. "La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramiento de altos cargos judiciales". *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 77. 2007. Págs. 39-56.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. "Hacia la reforma de acceso a la función judicial". *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*. Nº 63. Noviembre 2008. Págs. 103-115.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAIZ ARNAIZ, A. "La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario

- (aunque inexistente)". *Actualidad Aranzadi*. Número 568. Pamplona. 2003. Págs. 1-6.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., BACH FABREGÓ, R., YLLANES SUÁREZ, J. P. *Derecho y Proceso Penal*. Thomson aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2007.
- HERNÁNDEZ GIL, A. HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Espasa Calpe. Madrid. 1998.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. "Sentidos de los enunciados jurídicos y principio de legalidad". *Estudios de filosofía de Derecho Penal*. Díaz y García Conlledo, M. y García Amado, J.A. (coord.) Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2006. Págs 345-364.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Marcial Pons. Madrid. 1998.
- HOLMES, O.W. *La senda del Derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2012.
- HUSSON, L. "Análisis crítico del método de la exégesis". Extraído de: *Nouvelles études sur la pensée juridique*. Pág.184-196. Dalloz. Paris. 1974. Versión castellana: Gabriel Limodio.
Localizable en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/La%20escuela%20de%20la%20Exegesis.pdf>, a fecha enero de 2011.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J. "Nombramientos de cargos judiciales (desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo." *Jueces para la Democracia. Información y debate*. Nº 63. Noviembre 2008. Págs. 25-33.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J. "Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3ª del TS retoma el rumbo". *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 80. Enero-abril 2008. Págs. 211-232.
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D. *El fracaso del autogobierno judicial*. Thomson civitas. Cizur Menor (Navarra). 2008.
- IRACHETA IRIBARREN, M. "La selección de ingreso de los jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial". *Terceras Jornadas de Derecho Judicial. Tomo II*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Madrid. 1987.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. "El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio". *El acceso a la función judicial. Estudio de derecho comparado. Manual nº 13 de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*. Jiménez Asensio, R. (coord). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 115-249.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Constitucionalización del ordenamiento y judicialización del Derecho (a propósito de la enseñanza del Derecho y de la formación judicial)". *Revista Vasca de Administración Pública*. N º 62. 2002. Págs. 157-188.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Abogados, enseñanza del Derecho y Administración de Justicia (en torno a algunos problemas institucionales de la Abogacía española en el siglo XXI)". *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 67. 2003. Págs. 187-251.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Editorial Trotta. Madrid. 1999.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J. "La sociología en la formación de los jueces". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1983. Págs. 75-79.
- JULIO ESTRADA, A. "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales". *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Págs. 121-158.
- KELSEN, H. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas. Méjico. 2004.
- KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Méjico. 1982.
- KELSEN, H. "La garantía jurisdiccional de la Constitución".
Localizable en: http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/19_62.pdf , a fecha de enero de 2012.
- KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tecnos. Madrid. 1995.
- LANDA, C. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (Perú). 1999.
- LANERO TÁBOAS, M. *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1996.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F.L. "A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la naturaleza del derecho". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 6. 2002. Págs. 13-26.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. "El ámbito de la Constitución". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 24. 2001. Págs. 459-484.
- LÁZARO ALBA, E. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. "A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas". *Revista española de Derecho Administrativo*. N° 127. 2005. Págs. 519-554.
- LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho Contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999.
- LIFANTE VIDAL, I. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 25. 2002. Págs. 413-439.

- LOPERA MESA, G.P. "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización". *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Nº 27. 2004. Págs. 211-246.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. "Algunos problemas en torno a la cooficialidad lingüística y el Poder Judicial." *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 34. 1999. Págs. 34-43.
- LÓPEZ RUF, P. "Dos modelos de adjudicación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 21. 1998. Págs. 229-236.
- LORENTE SARIÑENA, M. "Justicia administrativa en la España bonapartista: la frustración del sueño imperial". *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2008. Págs. 145-185.
- LORENTE SARIÑENA, M. "Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868". En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 245-287.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. "Los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa". *Derechos procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004. Págs. 128-208.
- LLARENA CONDE, P. "Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad y sus opciones". En Valls Gombau, J. F. (coord.) *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 123-155.
- LLEWELLYN, K.N. "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso." *El ámbito de lo jurídico*. Crítica. Barcelona. Barcelona. 2000. Págs. 244-293.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones de Derecho de la Unión Europea*. Editorial Tecnos. Madrid. 2010.
- MARTÍN PALLÍN, J.A. *¿Para qué servimos los jueces?*. Los libros de la catarata. Madrid. 2010.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. "La selección en la Carrera Judicial en España". *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla- La Mancha*. Nº 7. 2003. Págs. 141-168.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a. L. "El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ". *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 52. 2005. Págs. 31-40.

- MARTÍNEZ PÉREZ, F. “La constitucionalización de la justicia” En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 123-266.
- MARTÍNEZ RUIZ, L.F. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs 81-86.
- MIRANDA ALONSO, T. *Argumentos*. Universidad de Valencia. Valencia. 2002.
- MONTERO AROCA, J. “Selección de licenciados y formación de jueces”. *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 87-92.
- MONTESQUIEU, C. de S. *Del espíritu de las leyes*. Tecnos. Madrid. 1995.
- MORALO GALLEGO, S. “El acceso a la Carrera Judicial mediante oposición libre.” En Vals Gombau, J.F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 235-263.
- MORESO, J.J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
- MORESO, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Págs. 99-122.
- MUÑOZ DE BUSTILLO. C. “La fallida recepción en España de la justicia napoleónica.” En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 135-168.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, A.J. “Casos difíciles y Derecho como integración (estudio sobre la teoría jurídico filosófica de Ronald Dworkin)”. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 3. 1999-2000. Págs. 57-66.
Localizable en: <http://www.rtfed.es/numero3/6-3.pdf>, a fecha de diciembre de 2010.
- NIETO, A. “Visión Doctrinal de la jurisprudencia”. En Samper Juen, J. (coord.). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 110-128.
- NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel. Barcelona. 2000.
- NIETO, A. *Balada de la justicia y la ley*. Editorial Trotta. Madrid. 2002.
- NIETO, A. y FERNÁNDEZ, R.T. *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Editorial Ariel. Barcelona. 1998.

- NIETO, A. *El desgobierno judicial*. Editorial Trotra. Madrid. 2004.
- NINO, C.S. *Derecho, moral, política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona. Ariel. 1994.
- OBERTO, G. *Recrutement et formation des magistrats en Europe: etude comparative*. Editions du Conseil de l'Europe. Allemagne. 2003.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del juez en una sociedad democrática*. Thomson aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2004.
- ORREGO SÁNCHEZ, C. *Analítica del derecho justo La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Universidad Autónoma de Méjico. Méjico. 2005.
- OST, F. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 14. 1993. Págs. 169-194.
- PASTOR PRIETO, S. "Elementos para un análisis de la calidad de la justicia". En García García, M^a.A. (coord.). *Poder Judicial y servicio público. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 43-83.
- PEREDA GÁMEZ, F.J. "Sobre la experiencia pedagógica de formación inicial de la Escuela Judicial". Escuela Judicial. Barcelona. 2003.
- PEREDA GÓMEZ, J. "Reflexiones sobre competencias y sobre la competencia decisoria de los futuros jueces en la Escuela Judicial Española". *Revista de educación y Derecho. Education and law review*. Nº 3. Octubre 2010-marzo 2010.
Localizable en:
http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=pereda%20g%C3%B3mez%2C%20j.%20%20E2%80%9Creflexiones%20sobre%20competencias%20y%20sobre%20la%20competencia%20decisoria%20de%20los%20futuros%20jueces%20en%20la%20escuela%20judicial%20espa%C3%B1ola&source=web&cd=1&ved=0CDUQFjAA&url=http%3A%2F%2Frevistes.ub.edu%2Findex.php%2FRED%2Farticle%2Fdownload%2F1779%2F1753&ei=O0_oUPanDIOShgecnYCgBw&usg=AFQjCNFCXhUHz2VEICtZUpjdwYZb8uXgkA&bvm=bv.1355534169,d.d2k, a fecha de junio de 2012.
- PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas. Madrid. 1979.
- PÉREZ JARABA, M. D. "Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart." *Revista de Estudios Jurídicos*. Nº 10. 2010. Págs. 247-276.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y de la teoría del derecho*. Innovación editorial Lagares. Sevilla. 2003.

- PÉREZ LUÑO, A.E. *La seguridad jurídica*. Ariel Derecho. Barcelona. 1991.
- PECES MORATE, J.E. “Valor de la jurisprudencia”. En Samper Juen, J. (coord.). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2001. Págs. 16-107.
- POZZOLO, S. “Un constitucionalismo ambiguo”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Págs. 196-198.
- PRIETO SANCHÍS, L. “Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”. *Revista española de Derecho Constitucional*. Nº 14. 1985. Págs. 353-378.
- PRIETO SANCHÍS, L. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 23. 2000. Págs. 161-196.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología e interpretación jurídica*. Editorial Tecnos. Madrid. 1993.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Dykinson. Madrid. 1998.
- PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los derechos”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Págs 213-236.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*. Distribuciones Fontamara SA. Méjico. 1997.
- PRIETO SANCHÍS, L. “Diez argumentos a propósito de los principios”. *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 26. 1996. Págs. 41-49.
- QUINTATA CARRETERO, J. P. “Los sistemas de turnos y acceso a la carrera judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad: sus opciones”. En Valls Gombau, J. F. (coord.). *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 157-206.
- RAMOS PASCUA, J.A. “Justicia y derechos humanos en el pensamiento jurídico de Hart”. *Dikaioyne. Revista semestral de filosofía práctica*. Nº 25. Julio-Diciembre 2010. Págs. 105-122.
- RAÚL BONORINO, P. *Integridad, Derecho y Justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2003.
- REICHENBACH, H. *La filosofía científica*. Fondo de Cultura Económica. Méjico DF. 1967.
- REQUERO IBÁÑEZ, L. “La trascendencia de la política de selección de jueces y magistrados”. Comunicación presentada en el IX Congreso de la Asociación Profesional de la magistratura (1989). Textos del IX Congreso Nacional. Págs. 105 y sigs. Murcia. 1990.

- REQUERO IBÁÑEZ, L. "La oposición de ingreso en la Carrera Judicial. ¿Hay espacio para la esperanza?" *Política de selección de jueces. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 265-333.
- REQUERO IBÁÑEZ, L. "El sistema de oposición libre para el ingreso a la Carrera Judicial". *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 1. 1990. Págs. 1041-1048.
- RIVAS VELASCO, M. J. "La accesión invertida." *Modo de Adquisición y Extinción de los Derechos Reales. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial. Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2011.
- ROCA TRÍAS, E. "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Nº 4. Barcelona. Octubre de 2009.
Localizable en:
<http://www.raco.cat/index.php/inDret/article/viewFile/141371/192882>, a fecha septiembre de 2011.
- RÓDENAS, A. "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas." *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 24. 2001. Págs. 63-84.
- ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 2006.
- RUIZ MIGUEL, A. "Sobre la creación judicial del Derecho". *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1985. Págs. 47-55.
- RUIZ MIGUEL, A. "Creación y aplicación en la decisión judicial". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nº 1. 1984. Págs. 7-32.
- RUIZ MIGUEL, A. *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1983.
- RUIZ PÉREZ, J.S. "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales". *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1981. Págs. 25-48.
- RUIZ RUIZ, R. "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho". *Urbe et ius*. Nº 20. Abril de 2007.
Localizable en: http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf, a fecha de julio de 2011.
- RUIZ RUIZ, R. "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española". *Revista telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 10. 2006/2007.
Localizable en: http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf, a fecha de julio de 2011.

- RUIZ SANZ, M. “El mito de la justicia; entre dioses y humanos”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*. Nº 11. 2005.
Localizable en: <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf>, a fecha de enero de 2011.
- SAGÜÉS, N.P. *Las escuelas judiciales*. Universidad Autónoma de Méjico. México. 1998.
- SAIZ ARNAIZ, A. “La reforma del acceso a la Carrera Judicial en España: algunas propuestas” Laboratorio Alternativas. Fundación Alternativas. 2007. Documento de trabajo 119/2007.
Localizable en internet en:
<http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/lareforma-del-acceso-a-la-carrera-judicial-en-espana-algunas-propuestas>, a fecha de diciembre de 2010.
- SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Editorial Comares. Granada. 2002.
- SANTIAGO, A. "Neoconstitucionalismo". *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina. Nº 35 (2). 2008. Págs. 239-264.
Localizable en <http://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> , a fecha de noviembre de 2011.
- SANTOS PÉREZ, M. L. “Una filosofía para erizos: una aproximación a la filosofía de Ronald Dworkin.” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 26. 2003. Págs. 347-384.
- SANTOS PÉREZ, M. L. “Apuntes para una teoría de la argumentación jurídica en el marco del nuevo constitucionalismo”. *Revista Letras Jurídicas*. Nº 18. Julio 2008. Págs. 1-12. Localizable en:
<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/18/santos18.pdf>, a fecha de diciembre de 2010.
- SARMIENTO LARRAURI, J.I. “Alternativas a la selección de jueces”. *Actualidad administrativa*. Nº 20. Noviembre de 2008. Tomo II. Págs. 2366-2376.
- SECRETARIADO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA. “Selección y formación de jueces. Notas para un modelo constitucional de juez”. Documento de trabajo de 16 de marzo de 2002.
Localizable en: <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/selecFormJueces.pdf>, a fecha de diciembre de 2011.
- SECRETARIADO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA “Informe de jueces para la democracia sobre la Escuela Judicial”.
Localizable en:
<http://www.juecesdemocracia.es/congresos/xvcongreso/Informes%20Gesti%A2n/Escuela%20JMFERNANDEZ.pdf>, a fecha de diciembre de 2011.

- SERVÁN, C. "Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869". En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 363-395.
- SERRA CRISTÓBAL, R. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Thomson Reuters. Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal". *Estudios de Filosofía de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006.
- SODERO, E. "Sobre el cambio de los precedentes". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Número 21. Octubre 2004. Págs. 217-254.
- SOLAR CAYÓN, J.I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2005.
- SOLDEVILLA FRAGOSO, S. "Potestades discrecionales del CGPJ: posible inconstitucionalidad del sistema". *Actualidad administrativa*. 2006. Nº 14.
- SOLLA, M. J. "Justicia bajo administración". En Lorente Sariñena, M. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 2006. Págs. 289-324.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. *Post scriptum al concepto del derecho. Estudio preliminar*. Introducción. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000.
- TAPIA HERMIDA, A. "La formación del juez". *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España. Tomo I*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Págs. 55-84.
- TOHARIA, J.J. "Ideología política de los jueces". *Psicología política*. Nº 2. 1991. Págs. 7-20.
Localizable en: <http://www.uv.es/garzon/psicologia%20politica/N2-1.pdf>, a fecha de septiembre de 2011.
- TOHARIA, J.J. *El juez español. Un análisis sociológico*. Tecnos. Madrid. 1975.
- TOHARIA, J.J. *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*. Toharia, J.J. (coord.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000.
- TOHARIA CORTÉS, J.J. y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J. *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005.
- TOHARIA, J.J. "Encuesta a una muestra nacional de jueces". *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1990.

- UNIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS, FUNDACIÓN JUSTICIA EN EL MUNDO. *Traité d'organisation judiciaire comparée (A treatise on compared judicial organization. Tratado de organización judicial comparada. Tome I.: modes de désignation et de formation du juge (Volume I: process of the appointment and training of judges. Tomo I: modos de designación y de formación del juez.* Nomos. Zurich: Schulthess. Bruxelles: Bruylant. 1999.
- URBANO CASTRILLO, E. "Deontología judicial: el arquetipo de juez de nuestra época". *Manuales de formación continuada. Éticas del juez y garantías procesales.* Consejo General del Poder Judicial. 2004. Madrid. Págs. 396-466.
- URSÚA, J.F. "Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho.* Nº 20. 2004. Págs. 255-275.
- VALLS GOMBAU, J.F. "La política de selección de jueces: conclusiones". En Valls Gombau, J.F. (coord.). *La política de selección de jueces.* Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Págs. 337-373.
- VALLS GOMBAU, J. F. "El acceso a las carreras judicial y fiscal". *Revista del Poder Judicial.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Nº 69. 2003. Págs. 464-489.
- VARELA CASTRO, L. "Los límites de la libertad del juez al decidir". Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., Orts Berenguer, E. (coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón).* Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Págs. 1917-1950.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados.* Publicaciones y promociones universitarias. Barcelona. 1995.
- VERNENGO, R. *La interpretación jurídica.* Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Méjico. 1977.
- VERNET I LLOBET, J. "Los principios de mérito y capacidad en la provisión de plazas de magistrados, jueces, fiscales y personal al servicio de la administración de justicia en las comunidades autónomas con doble oficialidad lingüística" *La Administración de Justicia en un Estado Plurilingüe. Cuadernos de Derecho Judicial.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. Págs. 274-324.
- VIDAL GIL, Ernesto J. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- VIVES ANTÓN, T.S. "Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal". *Estudios de filosofía de Derecho Penal.* Díaz y García Conlledo, M. y García Amado, J.A. (dir.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Páginas 330 y sigs.

- WEBER, M. *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Alianza Editorial. Madrid. 2009.
- WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Ediciones Península. Barcelona. 2001.
- XIOL RÍOS, J. A. “El uso de las lenguas autonómicas ante la Administración de Justicia. Sobre la LOPJ, la Carta Europea y la doctrina del TC en la materia”. *Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo General del Poder Judicial. Volumen I. Madrid. 2008.
- XIOL RÍOS, J.A. “El valor vinculante de la jurisprudencia”. En Samper Juen, J. (coord.). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Páginas 413-457.
- ZAGREBLELKY, G. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid. 1995.
- ZAGREBELSKY, G. “Jueces constitucionales.” *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. VV. AA. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid. 2007. Págs. 91-104.
- ZAGREBELSKY, G. “El juez constitucional en el siglo XXI”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Nº 10. Julio-diciembre 2008. Págs. 249-267.