



Jorge F. Malem Seña
F. Javier Ezquiaga Ganuzas
Perfecto Andrés Ibáñez

*El error judicial. La formación de
los jueces*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

*El error judicial. La formación de
los jueces*

Jorge F. Malem Seña
F. Javier Ezquiaga Ganuzas
Perfecto Andrés Ibáñez

*El error judicial. La formación de
los jueces*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés

I.S.B.N. : 978-84-613-6036-9

Depósito Legal: M-46284-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| EL ERROR JUDICIAL (<i>Jorge F. Malem Seña</i>)..... | 11 |
| Introducción..... | 11 |
| Errores en los fundamentos de hecho..... | 17 |
| Errores en los fundamentos de derecho..... | 24 |
| Errores en la aplicación del derecho..... | 32 |
| Consideraciones adicionales..... | 35 |
| ACIERTOS Y FALLOS JUDICIALES (<i>Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas</i>)..... | 43 |
| 1. Introducción..... | 43 |
| 2. El concepto de error judicial..... | 46 |

| | |
|--|----|
| 3. Las condiciones para el error judicial | 51 |
| 4. Casos fáciles y casos difíciles | 55 |
| 5. Casos con <i>una</i> única respuesta correcta, casos con <i>varias</i> respuestas correctas y casos <i>sin</i> respuesta correcta | 63 |
| 6. <i>Quaestio iuris</i> y <i>quaestio facti</i> ... | 66 |
| 7. Tipología del error judicial | 75 |
| 1. Errores y falsedades | 75 |
| 2. Verdad y falsedad de los enunciados fácticos | 76 |
| 3. Formulación de hipótesis sobre los hechos | 84 |
| 4. Admisibilidad, comprensión y valoración de la prueba | 85 |
| 5. Errores en la sistematización del Derecho | 86 |
| 6. Errores en la determinación del significado de las disposiciones jurídicas | 88 |

| | |
|---|-----|
| 7. Factores de error en la interpretación | 89 |
| 8. Errores en la aplicación del Derecho, en la calificación jurídica y en el fallo | 91 |
| 8. Conclusiones | 93 |
| LA FORMACIÓN DE LOS JUECES: LOS SABERES DEL JUEZ (<i>Jorge F. Malem Seña</i>) | |
| | 95 |
| Introducción | 95 |
| Conocimiento en materia de derecho | 96 |
| Conocimiento en materia de hechos | 102 |
| Conocimiento en lógica | 109 |
| Conocimiento de la realidad | 111 |
| Conocimiento en materia lingüística | 115 |
| Consideraciones finales | 118 |
| SELECCIÓN Y FORMACIÓN INICIAL DEL JUEZ (<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>) | |
| | 127 |

EL ERROR JUDICIAL

Jorge F. MALEM SEÑA

Introducción

1. La posibilidad de que los jueces se equivoquen en sus decisiones parece ser un hecho aceptado en los sistemas jurídicos modernos. Una de las formas de entender la cadena de revisiones por parte de jueces jerárquicamente superiores a las decisiones de jueces inferiores es que el sistema prevé la contingencia de subsanar los errores que pudiera cometer el juez inferior. Esto no debe extrañar, surge de la aplicación al ámbito judicial de la idea de la falibilidad humana.¹

2. El reconocimiento de la posibilidad de que los jueces yerren y de las consecuencias jurídicas que de esto se pueden derivar está recogido en convenios internacionales, cons-

¹ La idea de un poder judicial estructurado jerárquicamente puede entenderse también como un mecanismo de distribución de poder más que como un instrumento para solucionar errores. No discutiré, sin embargo, esa eventualidad.

tituciones nacionales o en textos legislativos. Así, por ejemplo, queda establecido en el Pacto Internacional de San José de Costa Rica (art. 10), en la Constitución española (art. 121) o en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 292 y ss.).

3. No está muy claro, sin embargo, qué se entiende por error judicial, si puede predicarse sólo respecto de las cuestiones de hecho en las decisiones judiciales o si, por el contrario, también puede hacerse sobre cuestiones de derecho y, en tal caso, a que ámbito jurídico material se le aplica dicha categoría o, en fin, que tipo de jueces podría incurrir en él. En el derecho español no existe una definición legislativa de error judicial, y la jurisprudencia y la doctrina no se han mostrado unánimes respecto de su mejor caracterización.

4. En mi opinión, para que exista un error judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes.²

² Esta definición no supone que haya una única respuesta correcta, pero asume que hay para ciertos casos al menos una. Es posible pensar incluso que el derecho no

Por esa razón, el error judicial no implica un uso judicial de la discrecionalidad, si está permitido por el sistema jurídico. Más bien implica la existencia de la violación de sus límites que es la arbitrariedad.

Por lo tanto, importa poco que la equivocación del juez se deba a su propio dolo, culpa o falta de diligencia. Y es indiferente además cuál sea el nivel jerárquico, desde el punto de vista de la estructura judicial, en el que se produce dicha equivocación. Tampoco es necesario que el error sea evidente o manifiesto, ni que haya causado daño a una de las partes del proceso, ni que el supuesto perjudicado carezca de recursos procesales para su solución. Estas pueden ser condiciones necesarias para que el error judicial se vuelva indemnizable, pero no afecta a su concepto en sentido amplio.³

ofrezca ninguna respuesta correcta para un determinado asunto, esto es, que haya indeterminación jurídica. En este supuesto no se puede hablar de error jurídico.

³ La idea de error judicial en sentido amplio ha de ser distinguida del error judicial en sentido restringido o indemnizable. En efecto, en el derecho español, siguiendo una reconstrucción básicamente jurisprudencial, para que un error judicial de lugar a una indemnización ha de satisfacer las siguientes condiciones centrales:

a. Ha de surgir de una decisión jurisdiccional, en cualquiera de sus formas. No puede circunscribirse, pues, únicamente a las sentencias.

5. Tomar en consideración el error judicial es importante porque una decisión judicial estará bien fundada cuando no padece ninguna de las múltiples formas en que puede presentarse dicho error. Según Genaro Carrió, “nadie ha podido hasta ahora determinar esas condiciones necesarias y suficientes [para que la decisión judicial esté bien fundada], porque

b. Los sujetos activos deben ser, en consecuencia, jueces y magistrados, sean titulares o suplentes, o personas que ejerzan sus funciones en virtud de las distintas relaciones de servicio con la Administración de Justicia.

c. Los errores han de ser crasos, patentes y manifiestos. Así ocurre respecto de los enunciados fácticos de las decisiones judiciales. Estos errores deben mostrarse como indubitables frente a un simple examen empírico de las actuaciones judiciales. En el caso de los errores en materia de derecho, la decisión judicial ha de conducir a un resultado absurdo o ilógico. Esto supone que las decisiones judiciales simplemente desacertadas no pueden ser consideradas como casos de error judicial indemnizable. Ni la mera revocación o anulación de una resolución judicial implica por sí sola el derecho a indemnización.

d. La responsabilidad indemnizatoria a la que da lugar el error judicial es puramente objetiva, no es necesario pues que el juez o magistrado haya actuado con dolo o culpa.

e. Sí se requiere, en cambio, que la parte supuestamente afectada por un error judicial no se haya comportado de manera dolosa o culposa. Y tampoco daría lugar a una indemnización un caso de error judicial debido a fuerza mayor.

f. Para que haya derecho a indemnización por causa de error judicial es necesario la acreditación de un daño efectivo, individualizable y económicamente evaluable.

ello es imposible. Decidir que una sentencia satisface el *test* del debido proceso legal no es reconocer en ella o atribuirle una elusiva e indefinible propiedad o característica, sino que es señalar que *no exhibe* ninguna de las muy variadas anomalías que directa o indirectamente pueden afectar un acto tan complejo como el de dictar una decisión judicial. La complejidad del acto se refleja en la riqueza y complejidad de los cánones que se usan para apreciar sus variados momentos. Son innumerables los modos en que estos cánones pueden ser transgredidos.”⁴

6. En lo que sigue ofreceré una tipología del error judicial en sentido amplio. Será una

Y ha de haber una relación de causalidad entre el error judicial y el daño ocasionado.

g. Finalmente, en España se exige que la declaración de error judicial la realice mediante sentencia el Tribunal Supremo y que se hubieran agotado previamente todos los recursos existentes para el supuesto damnificado. A los efectos del error judicial indemnizable, véase Valeriano Hernández Martín y otros, *El error judicial. Procedimientos para su declaración e indemnización*. Madrid: Civitas 1994, págs. 82 y ss.

⁴ Cfr. Genaro Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, pág. 48. Lo mismo parece estar pensando Alejandro Nieto al afirmar: “Por decirlo de otra manera, para llegar a la inequívocidad es necesario que en el proceso de elaboración de la sentencia no haya ni un solo eslabón equívoco”; en *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel 2004, pág. 66.

clasificación meramente ejemplificativa y no exhaustiva. Dado las múltiples formas que pueden adquirir los errores puede ser que una clasificación exhaustiva de ellos sea imposible. Como señala el lógico De Morgan, “no hay nada similar a una clasificación de las maneras en que los hombres pueden llegar a un error, y cabe dudar de que pueda haber alguna.”⁵

7. Para llevar a cabo dicha clasificación tomaré como pauta la estructura de las decisiones judiciales, ejemplificada en una sentencia. En dicho documento se observan cuatro partes bien diferenciadas. Su encabezamiento, los fundamentos de hecho, los fundamentos de derecho y el fallo propiamente dicho. Un juez puede cometer errores en estos cuatro aspectos. No me detendré aquí en los errores que se pudieran cometer en el encabezamiento de una sentencia, aunque no se debe ignorar su pertinencia ya que tales errores suelen trasladarse al fallo, sino que me centraré en los tres últimos tipos de errores.⁶

⁵ Citado por Irving Copi, *Introducción a la lógica*. Versión castellana: Nestor A. Míguez. Buenos Aires: Eudeba, 1987, pág. 81. Es posible pensar una clasificación exhaustiva utilizando como categoría de cierre clasificatorio una categoría amplísima como “...y otros errores”. Pero esta categoría y la clasificación resultante resulta poca fina y nada interesante.

⁶ Sobre la consideración de los efectos de los errores en el encabezamiento de las decisiones judiciales,

Errores en los fundamentos de hecho

8. Los errores en los fundamentos de hecho pueden ser de dos tipos. En el primero, los errores se producen cuando los enunciados fácticos formulados por el juez no se corresponden con la realidad. Son, en ese sentido, enunciados falsos. En el segundo, los errores se relacionan con la prueba.

9. Para suponer que los enunciados falsos formulados por el juez en una disposición judicial constituyen un error judicial se ha de aceptar que el juez tiene la obligación de formular enunciados verdaderos o que tiene la obligación de buscar la verdad en el proceso.⁷

10. Aceptado que la pretensión de los jueces es que sus enunciados fácticos sean verdaderos y que la noción de verdad que se adopta es el de verdad como correspondencia, se asumirá que el conocimiento judicial de los hechos debe seguir el mismo procedimiento que se sigue para el conocimiento general de

véase mi *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008, especialmente el capítulo II.

⁷ Alcanzar este ideal es tan importante que ha sido establecido como un deber del juez en algunos códigos procesales. Tal como sucede en el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* de 1988 donde se regula “el deber judicial de establecer *La verdad de los hechos controvertidos* (art. 33.4)”.

los hechos con las limitaciones impuestas por el sistema jurídico.

11. Tanto en el ámbito ordinario como en el mundo científico los hechos se conocen a través de la formulación de hipótesis. El supuesto más simple de error judicial en los enunciados fácticos de una sentencia se produce cuando sus hipótesis no coinciden con lo acaecido en la realidad. Y el juez también yerra cuando formula hipótesis que conducen a resultados absurdos, o hipótesis irrelevantes, o hipótesis contradictorias o cuando no formula hipótesis complementarias o secundarias necesarias para comprender el núcleo de la cuestión.⁸ Y no pocas equivocaciones ocurren, además, cuando el juzgador no analiza las hipótesis alternativas relevantes a la principal aceptada incluso para rechazarlas.

⁸ El sistema jurídico puede indicar al juez qué criterios debe seguir o, al menos, cuáles no debe seguir, en la elaboración de sus hipótesis. Así, por ejemplo, en un sistema acusatorio puro, el juez debe observar las hipótesis planteadas por las partes y de ese modo construir las suyas. Si el juez se apartara por exceso o por defecto o planteara cuestiones diferentes a las alegadas por los litigantes incurriría en un error de incongruencia. Este tipo de error, sin embargo, se diferencia de los analizados precedentemente porque aun cuando las hipótesis formuladas sean verdaderas el juez se excede en su competencia.

12. Con su hipótesis ya formulada, el juez tiene que proceder a la apreciación de la prueba con el fin de corroborarla o refutarla. En este proceso el juez ha de prestar atención a tres cuestiones diferentes. La primera se relaciona con la admisibilidad de la prueba. La segunda con la comprensión del material probatorio y la tercera con la valoración de la prueba. El segundo tipo de error judicial en los fundamentos de hecho se puede producir respecto de cualquiera de estas tres cuestiones.

13. En la admisión de la prueba el juez puede incurrir en dos formas distintas de yerros. Puede admitir pruebas indebidas o puede inadmitir pruebas debidas. En el derecho español hay dos tipos de admisión de pruebas indebidas: las pruebas ilícitas y las pruebas irregulares. Las primeras, conseguidas con violación de algún derecho fundamental, no deben admitirse y si por error se admitieran no deben producir nunca efecto probatorio alguno.⁹ Las pruebas irregulares en cambio se producen con violación de alguna regla procesal y no deben tener efectos probatorios excepto si han sido corroboradas por otra prueba independiente.

⁹ Cfr. LOPJ, art. 11.1. Y, por todas, STC, 56/1982, de 26 de julio.

En otros casos, el juez niega equivocadamente la admisión de pruebas admisibles. Los requisitos que ha de reunir un medio probatorio para ser considerado indebidamente inadmitido según la jurisprudencia del Tribunal Supremo son los siguientes. El primero es que las partes hayan propuesto la prueba en tiempo y forma. El segundo es que la prueba sea pertinente y relevante. El tercero es que frente a la inadmisión de la prueba, la no suspensión del juicio para su práctica o la no realización de su práctica se haga constar la protesta. El cuarto es que la prueba no haya devenido imposible.

14. Una vez admitida la prueba, el juez ha de conocer cuál es el contenido del material probatorio. Aquí el juzgador puede cometer errores en la observación y en la percepción del material probatorio. Los errores en la percepción y la observación de los jueces pueden afectar a todo tipo de pruebas y no resultan inhabituales en la práctica forense. Su efecto más notorio es que los jueces desconocen el contenido informativo de las pruebas que practican y, por lo tanto, no pueden valorarlo adecuadamente. Las causas de tales equivocaciones son múltiples y de una naturaleza muy variada. Se pueden deber a alteraciones físicas o síquicas del observador, a sus prejuicios ideológicos, a su experiencia, su conocimiento o su cultura, o a la

naturaleza excepcional del objeto observado, entre otras.

15. Luego el juez debe valorar el contenido del material probatorio para analizar si corrobora o refuta las hipótesis por él sostenidas. La valoración de la prueba consiste en realizar un razonamiento, muchas veces complejo, de una serie de inferencias, deductivas e inductivas, que permite conocer con cierto grado de probabilidad nuevos hechos a partir de hechos ya conocidos. Las equivocaciones en esta etapa dan por probado aquello que no está probado o, por el contrario, no dan por probado aquello que sí está probado.

Desde el punto de vista formal, el juez se equivoca si no expresa adecuadamente el razonamiento por el cual dado los hechos probados existentes en la causa hace presumir que otros están también probados por el nexo existente entre ellos. Desde el punto de vista material, la prueba no puede ser arbitraria, irracional o absurda. Lo es cuando los hechos de los cuales se parte no están debidamente acreditados [o los enunciados que a ellos se refieren son falsos] o cuando no existe una vinculación sostenible entre dichos hechos y aquellos que se presumen probados, ya sea porque violan las reglas de la lógica o de la experiencia científica o corriente, o bien por-

que las conclusiones del razonamiento en su conjunto son contradictorias o absurdas.

16. En el derecho español, además, las pruebas deben apreciarse individualmente y también en su conjunto.¹⁰ El análisis de las pruebas individuales es básico para saber si *prima facie* corroboran o no algunos de los aspectos de las hipótesis. En análisis de las pruebas en su conjunto permite avizorar si ellas son compatibles, complementarias o contradictorias.

El juez puede errar en la valoración individual de la prueba. Según Döhring, “no debe dejarse engañar por la aparente confiabilidad de una argumentación, sino someter a probatura si los distintos fragmentos de la prueba indiciaria resisten un análisis severo. Tampoco deberá tratar de derivar demasiadas conclusiones de un solo indicio. A veces se atribuye, con cierta despreocupación, un valor excesivo a determinadas señales. Se puede pretender demasiado del material probatorio por diversos motivos; ello puede deberse, entre otras razones, a una falta de entrenamiento del juzgador en el manejo de la prueba indiciaria.”¹¹

¹⁰ La obligatoriedad de la valoración de la prueba en su conjunto surge por ejemplo del artículo 218.2 *in fine* de la LEC.

La valoración conjunta de la prueba es equivocada cuando una vez sistematizados todos los elementos probatorios no se advierten lagunas o contradicciones entre los diversos materiales probatorios cuando los hay o se afirma que sí existen cuando son inexistentes. Y, naturalmente, cuando la propia valoración conjunta adolece de contradicciones o lagunas.

Pero uno de los errores más llamativos de la práctica jurisdiccional es el uso que se hace de la valoración conjunta de la prueba hurtando el deber que tienen los jueces de hacerlo también individualmente.¹²

17. Además, se producen errores en la apreciación de la prueba cuando se aplican estándares de prueba inadecuados. Los estándares de prueba son los criterios o pautas que se utilizan para determinar si una hipótesis probatoria ha recibido o no suficiente apoyo como para ser corroborada. En España, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han sido incapaces de ofrecer criterios exactos para la formulación y valoración de

¹¹ Cfr. Erich Döhring, *La prueba. Su práctica y apreciación*. Versión castellana: Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, pág. 340.

¹² Véase, por ejemplo, STS 1579/2003, de 21 de noviembre.

los estándares de prueba. Esto entorpece grandemente, aunque en muchos casos no imposibilita, la tarea de determinar si se ha cometido un error en la aplicación de un estándar de prueba.

Errores en los fundamentos de derecho

18. Los errores en los fundamentos de derecho en una disposición jurisdiccional se vinculan a su justificación normativa y pueden afectar tanto a la interpretación como a la aplicación del derecho, y pueden vincularse a disposiciones procesales y materiales.

Dos son las nociones básicas de la idea de interpretar el derecho. La primera hace referencia a la sistematización del derecho. La segunda a la determinación del significado de los textos jurídicos dotados de autoridad.

La sistematización del derecho supone que solo después de realizada se puede saber qué está permitido y qué está prohibido o resulta obligatorio. De ahí su importancia. Y dado que la sistematización supone, a su vez, cuestiones lógicas resulta evidente que se pueden producir errores tanto en el procedimiento de sistematización como en el resultado obtenido por su intermedio.

Así, por ejemplo, un juez que detecte una laguna normativa o una contradicción donde no las hay respecto del caso que debe resolver o que no descubre una laguna del mismo tipo o una contradicción donde las hay respecto del caso que conoce comete un error. Esta clase de errores puede deberse a que el juez no ha realizado una sistematización completa o no lo ha hecho adecuadamente. Estos errores de sistematización, naturalmente, se suelen trasladar a la elección de la norma aplicable y, por ende, al fallo.

19. Puede haber errores en la determinación del significado de una disposición jurídica. Respecto de las disposiciones que poseen un núcleo de significado claro y zonas de penumbra dónde puede existir discrepancia acerca de lo que ellas denotan,¹³ la negación por parte del juez intérprete del significado central de la disposición interpretada sería un error. Respecto de la zona de penumbra, el juez tiene discrecionalidad para decidir qué queda denotado, sin incurrir en la arbitrariedad.

20. Respecto de la interpretación del resto de las disposiciones jurídicas donde no

¹³ Cfr. H. Hart, *El concepto de derecho*. Traducción castellana: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, págs. 152-153.

cabe una única solución interpretativa posible, para que exista un error en la interpretación es necesario que la interpretación del texto jurídico propuesta por el juez no pueda ser reconocida por ningún criterio interpretativo aplicable de forma razonable. Las interpretaciones novedosas, pero avaladas con razones no caben dentro de esta categoría.¹⁴

21. Los errores de interpretación del derecho pueden deberse a diversos factores. En primer lugar, puede ser que el juez aplique un criterio interpretativo prohibido por el derecho. Un ejemplo típico sería si el juez utiliza la analogía en materia penal con perjuicio de la posición del acusado.¹⁵

¹⁴ Tal sería el caso, por ejemplo, si se siguiera una determinada línea interpretativa que contradijera la hasta ese momento doctrina jurisprudencial con el objeto precisamente de modificarla. Bastaría con que se aduzcan argumentos razonables para que ese tipo de razonamiento novedoso no sea considerado como erróneo, aunque la decisión que surja de dicho razonamiento interpretativo sea revocada por una instancia judicial superior al juez que lo propuso.

¹⁵ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sostiene que “la garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera... la aplicación analógica *in pejus* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si a través de

En segundo lugar, habría un error de interpretación si el juez decide utilizar cualquier criterio interpretativo cualquiera sea el contexto en el que se encuentre el texto a interpretar. Que no haya un orden lexicográfico para el uso de los criterios interpretativos no significa que se pueda utilizar cada uno de ellos de forma indistinta o arbitraria.

En tercer lugar, otro error de interpretación consiste no ya en elegir equivocadamente el criterio interpretativo, sino en hacerlo operar de un modo incorrecto, violentando sus límites o las reglas de su propio funcionamiento. Eso sucedería si un juez utilizara, por ejemplo, la interpretación por analogía para extender una materia que el legislador ha pretendido regular restrictivamente, para restringir derechos o para suplir la falta de desarrollo legal, entre otros supuestos.¹⁶

la figura del fraude de ley se extendiera a supuestos no explícitamente contemplados en ellas, la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica.” STC, 75/1984, de 27 de junio.

¹⁶ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas menciona estos supuestos, entre otros, como límites al uso del argumento de analogía. Señala para ilustrar estos límites las sentencias del Tribunal Constitucional, 76/1983, de 5 de agosto; 45/1983, de 25 de mayo y 49/1983, de 1 de junio. A su análisis me remito. Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional y otros*

En cuarto lugar, el juez puede interpretar equivocadamente el derecho porque opera mal con las distintas piezas del derecho, por carecer de la información suficiente para hacerlo correctamente o por cualquier otra causa. Un ejemplo. Los jueces tienen la potestad, y en ocasiones la obligación, de establecer fianzas. Sin embargo, en raras ocasiones la ley le dice cuál debe ser el importe de las mismas. Por ello, en la mayoría de los supuestos, el juez tiene discrecionalidad para fijar la cantidad que ha de ser ofrecida como fianza. Sin embargo, el juez se equivoca cuando fija una fianza excesiva o desproporcionada, ya que dicho error puede implicar su inconstitucionalidad si la vuelve imposible de satisfacer para quien debe soportarla.¹⁷

Otra fuente de error judicial en la interpretación del derecho ocurre como consecuencia

problemas de aplicación e interpretación del derecho. México: TRIFE 2006, págs. 30-31.

¹⁷ Auto TS, de 27 de abril de 1993 (RJ 1993/3286), “la exigencia misma de la prestación de la fianza, tanto en los casos generales previstos para el ejercicio de la acción de tal naturaleza por los art. 280 de la Ley Procesal y específicamente para la dirigida a la responsabilidad penal de jueces y magistrados por el art. 761 de tal cuerpo legal, no es inconstitucional, pero sí puede resultar si, por su cuantía, puede hacer ilusorio su ejercicio constitucionalmente reconocido, al hacerlo prohibitivo dadas las posibilidades del actor en el área o ámbito económico...”.

de la equivocada actuación del juez al operar con los principios, otras de las piezas importantes del derecho. Un principio es una norma cuyo conjunto de propiedades que regulan el caso y que determinarán su alcance y cuyo valor justificatorio o peso son abiertos en el sentido en que no están plenamente determinados como en el caso de una regla de acción.

Al operar con principios, el juez puede cometer dos tipos diferentes, aunque vinculados, de errores. El primero está relacionado con la determinación de las propiedades del caso genérico que regula el principio; esto es, cuando transforma el principio en reglas. En segundo es con la asignación del peso a un principio en un determinado litigio. Estos dos tipos de errores se suelen englobar bajo el nombre genérico de errores en la ponderación.

Un error en la determinación de las propiedades que forman el antecedente de la regla que surge del principio para la solución del caso concreto se produce cuando el juez no toma en cuenta propiedades relevantes, introduce propiedades irrelevantes o propiedades redundantes que no completan el principio, o

introduce propiedades contradictorias que lo vuelven inaplicable.¹⁸

Un error de ponderación en la asignación del peso o importancia que tiene un principio se debe a que el juez equivoca ciertas reglas muy básicas y muy generales al sopesar el valor de un principio constitucional frente a una norma legislada o medida gubernativa o bien frente a otro principio constitucional.

En el primer supuesto, el juez ha de tomar en consideración si la regla o la medida administrativa reúnen los requisitos de necesidad e idoneidad. La idea de necesidad supone que aquello que contradice el principio no resulta superfluo, ni puede ser alcanzado por otros medios concordantes con dicho princi-

¹⁸ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido en incontables ocasiones que en el ámbito del art. 20 de la Constitución española y otros bienes jurídicamente protegidos, entre los que se encuentra el derecho al honor, se ha de ponderar la materia de la información, su interés público, si el contenido de la información contribuye a la conformación de una opinión pública libre, cuál es la persona objeto de la información. En esta ponderación no se ha de olvidar, en opinión de ese Tribunal, que la constitucionalización de la libertad de expresión y de comunicar y de recibir información ha modificado profundamente delitos como contra el honor que no puede ya ser construido únicamente alrededor del *animus iniuriandi*. Por todas, STC, 15/1993, de 18 de enero.

pio. La idea de idoneidad supone que el contenido de la norma o medida gubernativa que colisiona con el principio es adecuada para la consecución de los objetivos previstos. Una vez evaluada la existencia de estos requisitos, el juez debe realizar el juicio de proporcionalidad.¹⁹ Si la regla o medida gubernativa no satisface los requisitos de necesidad e idoneidad y, a pesar de ello, el juez hace decaer el principio que se les opone comete una equivocación.

En la hipótesis en la que se ven involucrados dos principios que, en un caso concreto, colisionan entre si, el fracaso en la ponderación puede deberse a que el juez yerra en el juicio de proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad implica que el juez ha de hacer un cálculo de consecuencias tanto sobre el principio que se sacrifica como sobre el que se potencia.²⁰ Si este cálculo está mal realizado, el juez que lo hace comete un error y su decisión debe ser revisada por la instancia superior si ello es posible. Esto es lo que suele afirmar a menudo el Tribunal Constitucional

¹⁹ Cfr. Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*. Lima: 2^o edición 2005, pág. 303. En idéntico sentido, STC 66/1995, de 8 de mayo.

²⁰ Cfr. Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, ob. cit., págs. 303 y ss.

cuando sostiene que “el Tribunal puede, mediante el recurso de amparo, revisar si la ponderación realizada por los jueces es la adecuada y en caso contrario restituir el necesario equilibrio entre los derechos fundamentales en conflicto.”²¹

Es evidente que uno de los casos más flagrantes de error en el juicio de proporcionalidad se produce cuando en la ponderación no se toma en consideración uno de los principios en liza. Pero ese no es el único supuesto de error, los jueces se equivocan asimismo cuando yerran en el cálculo de proporcionalidad una vez que se han identificado y evaluado los principios que colisionan. Aquí la casuística es enorme.²²

Errores en la aplicación del derecho

22. Existen errores en la aplicación del derecho cuando se aplican normas que no son aplicables o no se aplican normas que son aplicables. En palabras de Ronald Dworkin, “cuando decimos que una norma es obligato-

²¹ Auto TC, 20/1993, de 21 de enero.

²² Es posible que en determinados casos sea difícil realizar un adecuado cálculo de consecuencias en la ponderación entre principios. Puede ser que en supuestos como esos haya varias respuestas correctas mutuamente excluyentes y la adopción de una solución en detrimento de la otra u otros no supondría un error.

ria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error.”²³

Uno de los errores más comunes en la aplicación del derecho consiste en tratar de resolver un diferendo judicial mediante la aplicación de una norma derogada. Este es un error más frecuente del que cabría pensar, sobre todo en ámbitos donde los cambios normativos ocurren con asiduidad como en materia de seguros y de seguridad social.

Otro de los errores que puede cometer un juez en la aplicación del derecho sucede cuando decide una cuestión que en sus elementos subjetivos y en sus elementos objetivos ha adquirido la calidad de cosa juzgada. También ocurre cuando supone equivocadamente que hay cosa juzgada sobre un determinado asunto no habiéndola y decide en consecuencia.

Por otra parte, no resulta inusual observar la equivocación que supone por parte de los tribunales españoles la inaplicación, cuando su aplicación es preceptiva, de la normativa

²³ Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. Versión castellana: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984, pág. 88.

de la Unión Europea, del derecho extranjero y de la costumbre.

23. Los errores judiciales en la calificación jurídica tampoco son infrecuentes. Los errores en la calificación suceden cuando no se ha subsumido correctamente la situación fáctica que se considera probada en el proceso en el supuesto de hecho de una norma. Para quienes sostienen que la calificación jurídica involucra una operación conceptual, los fallos cometidos en esta sede han de ser puramente lógicos.

24. Finalmente, los jueces pueden cometer errores en el fallo propiamente dicho. Estos pueden ser de distintos tipos. El primero es cuando se condena a alguien por algo que no hizo. Es un error manifiesto y tal vez el más trágico. Y, asimismo, cuando se absuelve a alguien que merecía ser condenado. Pero además las equivocaciones del juzgador se producen si decide más allá, por defecto o por exceso, de lo solicitado por las partes o del objeto del juicio.²⁴ O si su fallo es ilógico por

²⁴ En ese sentido, según el Tribunal Supremo, STS, 978/1998, de 27 de octubre, “es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan

contradictorio o no se sigue de las premisas fácticas y jurídicas establecidas en los fundamentos de hecho y de derecho, respectivamente.

25. Hasta aquí una tipología no exhaustiva de las formas que pueden adquirir los errores judiciales. No prestaré atención a los errores que también pueden aquejar a una sentencia si el fallo es corto u omisivo, ya que dicha equivocación puede reconducirse fácilmente a los errores de hecho o de derecho.

Consideraciones adicionales

26. Los errores judiciales pueden o no ser atribuidos al juez según sea el caso. Muchos de ellos tienen como causa la insuficiente preparación técnica del juzgador, mientras que otros se deben a que su actuación es dolosa o culposa. Cabe señalar, no obstante,

incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iuria novit curia*.”

que existen ciertas decisiones que siendo desacertadas no pueden imputarse a la calificación profesional del juez ni a su actuación, sino que es el resultado del propio sistema jurisdiccional de toma de decisiones.

27. En general, se puede afirmar que los errores en el encabezamiento de las decisiones judiciales son atribuibles al juez o magistrado, como así también los errores de interpretación y de selección de la norma aplicable, ya que, por una parte, el juez ha de conocer suficientemente la causa como para saber cuáles son las personas involucradas, los motivos del litigio y lo que se pide y, por la otra, el juez tiene la obligación de conocer el derecho. Y conocer el derecho supone el conocimiento de cuál es la norma aplicable al caso individual sometido a su jurisdicción.

La responsabilidad del juez en la interpretación y aplicación del derecho se extiende incluso a aquellos casos donde las partes se equivocan al señalar el derecho que les ampara. El juez, basado en el principio *iura novit curia*, aún constreñido por el sistema acusatorio, debe aplicar la disposición correctamente interpretada aunque se aparte de las aducidas por los litigantes siempre que respete la causa *petitum* y el *petitum*.

En cuanto a la inadecuada aplicación del derecho, el juez siempre es responsable. Tal vez con la única excepción de la aplicación del derecho extranjero o de la costumbre que necesitan ser probadas por la parte que las aduce, pero que una vez probadas es de responsabilidad del juez su correcta interpretación y aplicación.

28. En lo que respecta a la prueba de los hechos, muchos de las equivocaciones que se cometen en este ámbito son atribuibles al juez o magistrado. Es de su completa responsabilidad, por ejemplo, admitir o utilizar pruebas ilícitas. Incluso, en algunas ocasiones, el juez hace uso de pruebas ilícitas siendo él el causante de dicha prueba. Tal es el caso cuando viola la dignidad de una de las personas que intervienen en el proceso, como testigo, por ejemplo. Puede ser que lo haga mediante un exceso o abuso de autoridad o mediante una falta grave de consideración.²⁵

También es la obligación de un juez o magistrado no admitir una prueba irregular o negarse a valorarla si no resulta confirmada por otra prueba independiente, y bajo determinadas circunstancias. Y, además, comete un desliz si admite pruebas inadmisibles o se

²⁵ Ello supondría, por otra parte, una falta disciplinaria grave, según el art. 418.5 de la LOPJ.

niega a admitir pruebas que son pertinentes y relevantes [y no devienen imposibles].

El juez yerra asimismo en materia probatoria cuando fracasa en la comprensión del contenido del medio probatorio utilizado. Y se equivoca de igual modo cuando no acierta en la valoración de las pruebas, sea que lo haga respecto de una de ellas o en su conjunto o aplica un estándar de prueba equivocado.

29. Y no es necesario subrayar que el juez actúa con infortunio, debido a su propia impericia, cuando decide calificar ciertos hechos de forma inadecuada. Ni tampoco señalar que los errores en la graduación de la pena siempre pueden ser imputados al juez.

30. En lo que respecta a los errores en la motivación por ausencia de ella, fallo corto o por motivación ilógica o irrazonable deben serles atribuidos en exclusiva al juez, ya que la motivación, tanto en sentido formal como en sentido material, depende del juez o magistrado. Estos errores pueden verse potenciados por el uso en ocasiones indiscriminados que se hace de formularios preestablecidos para el dictado de las decisiones judiciales.

Y en cuanto a los errores materiales de la sentencia, esto es, cuando existe discordancia entre el fallo y la realidad de lo acaecido, a

veces es debido a la culpa o impericia profesional del juez y a veces es debido a factores externos a él que le llevan irremediablemente al error, ya sea por razones procesales o de prueba. Eso ocurre también en los supuestos de la prisión preventiva injusta.

31. Y no hay que olvidar que los errores que parecen manifestarse en la redacción de las decisiones judiciales siempre son imputables a la falta de pericia del juzgador. La falta de claridad en las expresiones lingüísticas, las incorrecciones gramaticales, el uso innecesario de latinazgos, frases arcaicas y rituales o el empleo excesivo de siglas y abreviaturas conspiran contra una adecuada fundamentación de tales decisiones.

32. Existe un sin fin de situaciones en las cuales el juez puede incurrir en error pero que, sin embargo, no puede ser atribuido a su persona, por dolo o culpa, ni a sus capacidades técnicas. Llevado por las circunstancias, un juez incluso dotado de los conocimientos técnicos adecuados y obrando con la diligencia debida puede verse arrastrado a prestar el servicio jurisdiccional de una forma equivocada, ineficaz e ineficiente.

En un sistema acusatorio, el resultado del acto jurisdiccional que no se ajusta a lo establecido por el sistema jurídico aplicable o que

se basa en consideraciones fácticas equivocadas puede no ser imputado a una carencia de solidez profesional o de actuación del juez. Ello es así porque esa decisión puede haber sido sustancialmente influida por la destreza de uno de los abogados, la habilidad para presentar sus propios argumentos, la desidia de una de las partes, la presentación de pruebas desde una u otra perspectiva, etcétera.

También el sistema acusatorio propugna que los hechos no controvertidos o los hechos admitidos por las partes no sean sometidos a pruebas. Esto supone que si en el proceso ambas partes acuerdan sobre hechos relevantes, o si en la contestación de la demanda o en la reconversión de la misma se admiten hechos afirmados por la contraria, el juez tiene la obligación de inadmitir los medios de prueba ofrecidos respecto de ellos.²⁶ Esto implica que en el fallo han de considerarse como probados, sin que el juez pueda hacer nada para impedirlo aún cuando piense que sea injusto por ser el resultado de connivencia entre las partes para perjudicar a un tercero.

En situaciones como ésta el juez no tiene forma de conocer la verdad de lo acaecido.

²⁶ Hay que señalar que esta es una cuestión empírica. Nada obsta a que el sistema jurídico permita la investigación judicial sobre los hechos no controvertidos.

Sus sentencias serán materialmente equivocadas porque su relato fáctico en los fundamentos de hecho no se corresponderá con la realidad, pero este error no puede serle imputado. Se trata de un defecto del sistema acusatorio.

Tampoco puede imputarse al juez la admisión y valoración de una prueba ilícita o irregular si ello no surge de los datos obrantes en el expediente o no ha sido aducido por las partes. El juez no tiene mecanismos para saber si un detenido ha sido sometido a apremios ilegales si el afectado no lo denuncia, si nada consta en el reconocimiento médico que así lo haga pensar, ni tan siquiera se menciona ese aspecto en el juicio oral. Aún cuando sus fallos queden sesgados por estas circunstancias y por ello resulten equivocados, no puede asignarse a la culpa, dolo o mala preparación técnica del juez.

33. Muchos de estos errores atribuibles al juez y otros muchos más que pudieran pensarse podrían evitarse algunos con una adecuada preparación técnica del juzgador, otros con una mejora en su actitud y, finalmente, no pocos con un sistema procesal menos proclive a dejar al juez inerme frente a las partes.

Tomar en consideración estos aspectos es importante para el diseño institucional, para

la selección de los jueces y para la planificación de su formación inicial y continua.

ACIERTOS Y FALLOS JUDICIALES

F. Javier EZQUIAGA GANUZAS

1. Introducción

Del mismo modo que Jorge Malem considera, en mi opinión acertadamente, que “es más fácil identificar los errores que los aciertos (...) más fácil saber cuándo un razonamiento o una conclusión es equivocada que cuándo es correcta”¹, me parece más sencillo hablar sobre lo que alguien ya ha escrito que elaborar desde cero un discurso propio. Es verdad que, como les sucede a los jueces, uno entonces tiene su exposición parcialmente limitada porque es la otra parte la que ha

¹ Jorge F. Malem Seña, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008, pág. 110. En esta obra Jorge Malem desarrolla con más profundidad las ideas contenidas en el trabajo que ha servido de base a este debate y muchas otras. Sin embargo, y para no alterar las “reglas del juego”, sólo tendré en cuenta las ideas expresadas en este último, titulado “El error judicial” y publicado en este mismo volumen, señalando, cuando me refiera a él, el número del párrafo (o eventualmente de la nota a pié de página) en el que se encuentra la cita.

introducido los elementos de debate, pero a pesar de todo sigue siendo más cómodo tomar como referencia lo ya escrito por otro.

Con las posiciones de Malem sobre la aplicación judicial del Derecho y los errores que en ella puedan surgir, coincido lo suficiente como para debatir, pero discrepo también lo suficiente como para que exista materia de discusión. Como de un debate se trata, procuraré seguir el orden de su exposición, aunque mi propio discurso me lleve en ocasiones a apartarme de aquél. Como no podía ser de otro modo, dedicaré una atención especial a los desacuerdos y a algunas cuestiones que él deja de lado expresamente pero me parecen relevantes. Por esa razón, en ocasiones me fijaré más en las notas que en el texto, algo que sólo sucede con los buenos trabajos, en los que tan importante como lo que se expone en la parte superior de la hoja es lo que sugieren los pies de página.

Resumidamente, mi opinión sobre el error judicial sería la siguiente. Los casos potenciales de aplicación judicial errónea del Derecho en sentido estricto son muy pocos y nada fáciles de determinar *a priori*. Para identificarlos me parece que pueden ser útiles dos importantes distinciones de la teoría del Derecho: la de caso fácil y caso difícil; y la de disposición normativa y norma jurídica. Los

problemas para determinar la existencia o no de un error judicial no implican, sin embargo, que cualquier decisión judicial sea igualmente admisible. Las exigencias constitucionales de motivación de la decisión judicial y de igualdad en la aplicación del Derecho se configuran como los verdaderos criterios para establecer la admisibilidad de la decisión judicial y, al mismo tiempo, para juzgar el acierto en la actuación del juez o calificarla como errónea.

Para desarrollar esa idea, comenzaré abordando el concepto de error judicial y las condiciones para que éste se produzca, que es donde creo que se encuentra mi principal discrepancia con Malem. Pasaré luego a matizar algunas de sus consideraciones sobre las clases de casos jurídicos en relación con el error judicial para, a partir de las causas que pueden provocar dificultades en la aplicación del Derecho, analizar sus tipos. Terminaré con la exposición de la estrecha conexión que, a mi juicio, se establece entre error y motivación de la decisión judicial, y con algunas conclusiones y consecuencias de mi postura.

2. El concepto de error judicial

A pesar de que tanto la Constitución española², como la Ley Orgánica del Poder Judicial³ tratan el error judicial junto al derecho a indemnización a cargo del Estado cuando se produzca, son dos cosas distintas y separables.

Un concepto estricto, identificando error con indemnización (sólo cabría hablar de

² *Art. 121 de la Constitución española*: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

³ *Art. 292.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*: “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título”. El resto de la regulación en la LOPJ sobre el error judicial (los párrafos 2 y 3 del artículo 292, y los artículos 293 a 297) está fundamentalmente dedicada a la indemnización por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, pero sin hacer referencia alguna a cómo deben entenderse ambas situaciones. Sólo hay en el artículo 294 una referencia a la prisión preventiva injusta (“quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre”), pero para regular igualmente las –rigurosas– condiciones que dan derecho a la indemnización por parte del Estado.

error judicial en los supuestos en los que se establece el derecho de indemnización a cargo del Estado), sería adecuado desde una aproximación “administrativa”, desde el punto de vista de la justicia como servicio público, como uno de los poderes del Estado. Implica interesarse por el error judicial desde la perspectiva de la *administración de justicia*.

Pero esa forma restrictiva de abordarlo me parece muy pobre al dejar fuera una gran cantidad de cuestiones de enorme interés para el Estado democrático. Por ello, coincido con Jorge Malem en el empleo de un concepto amplio de error judicial que lo distinga del error indemnizable.⁴ Esta aproximación me parece mucho más fructífera y está relacionada con la función jurisdiccional, con la preocupación de que el juez “acierte” en sus resoluciones. Implica interesarse por el error judicial desde la perspectiva de la *impartición de justicia*.

Este concepto amplio permite, entonces, apreciar la existencia de errores sin derecho a indemnización (la mayoría, teniendo en cuenta los estrictos requisitos legales y jurisprudenciales en el Derecho español), pero también la posibilidad de indemnización al

⁴ Jorge F. Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 4 y, sobre todo, nota 3.

justiciable sin que se haya apreciado previamente la existencia de un error judicial. No me refiero ahora al “funcionamiento *anormal* de la Administración de Justicia”, que también puede dar lugar a indemnización sin necesidad de error, sino a daños o perjuicios al justiciable que no sean achacables al órgano judicial, pero que se produzcan en un funcionamiento *normal* de la Administración de Justicia, como consecuencia de propiedades inherentes al sistema jurídico o al sistema judicial de aplicación del Derecho. Jorge Malem llamaría a estos casos “errores judiciales no atribuibles al juez”⁵, pero me parece más clarificador distinguirlos de éstos.

Cuando hablo de supuestos de indemnización derivados de la aplicación judicial del Derecho, distinguiéndolos de los de error judicial y de los de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, estoy pensando en los perjuicios ocasionados al

⁵ Jorge F. Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 26: “Los errores judiciales pueden o no ser atribuidos al juez según sea el caso. Muchos de ellos tienen como causa la insuficiente preparación técnica del juzgador, mientras que otros se deben a que su actuación es dolosa o culposa. Cabe señalar, no obstante, que existen ciertas decisiones que siendo desacertadas no pueden imputarse a la calificación profesional del juez ni a su actuación, sino que es el resultado del propio sistema jurisdiccional de toma de decisiones”.

justiciable por la imprevisibilidad de la decisión judicial (o por la previsión equivocada) provocada por el modo de resolver una laguna o por un cambio de criterio jurisprudencial.

Como luego desarrollaré con más precisión, el concepto amplio de error judicial que comparto con Malem difiere con él en cuanto a su campo o supuestos de aplicación, mucho más reducido en mi caso. No sólo saldrían del concepto los supuestos de indemnización derivados de la aplicación judicial *normal* del Derecho a los que me acabo de referir, sino también un buen número de situaciones que Malem califica de errores y que yo relaciono con la inevitable e ineliminable discrecionalidad de la aplicación judicial del Derecho. En muchos de esos casos, sólo debería hablarse a mi juicio de error si el juez los resuelve sin una adecuada motivación.

No cabe duda, sin embargo, de que puede hablarse de errores judiciales, pero creo que es más clarificador y más adaptado a la realidad de la aplicación judicial del Derecho, reservar el concepto para las situaciones en las que se da estrictamente, llamando de otro modo a las demás.

Por ejemplo, Jorge Malem parece compartir al comienzo de su exposición la idea de que

el sistema de recursos asociado a una organización jerarquizada de la judicatura tiene por finalidad, entre otras, que los jueces superiores puedan subsanar los errores cometidos por los jueces inferiores⁶. Sin embargo, como ya advirtió Hart, definitividad e infalibilidad de la decisión judicial son dos cosas distintas,⁷ y bien puede ser entendida esa jerarquización judicial como un reconocimiento de la inevitabilidad de que muchos casos puedan contar con más de una solución jurídica. En el vértice del sistema judicial debe haber un único órgano que resuelva de modo definitivo para que sólo una de las posibles soluciones jurídicas prevalezca.⁸

⁶ Jorge F. Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 1.

⁷ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, traducción española, México D.F., Editora Nacional, 1980, 2ª ed., págs. 176 y ss.

⁸ Por ejemplo, cuando la organización de los tribunales es bicefálica, los conflictos afloran inevitablemente a pesar de la distribución competencial entre unos órganos jurisdiccionales y otros por la diferencia de criterios. Esto sucede en todos los sistemas en los que el tribunal supremo ordinario comparte la cima con un tribunal constitucional, un tribunal supremo electoral o un tribunal superior administrativo.

Por esa razón, pierde sentido el establecimiento de cualquier sistema de jurisprudencia o precedente obligatorio. Que el criterio del Tribunal superior prevaleciera sobre el inferior estaría justificado si el primero es garante del acierto de la decisión, pero si la resolución del órgano jurisdiccional supremo es una más de las posibles,

3. Las condiciones para el error judicial

En coherencia con la opción por un concepto de error judicial amplio, separado del

las únicas razones para hacer obligatorio su criterio serían la homogeneidad ideológica (véase al respecto Perfecto Andrés Ibañez, “Democracia con jueces”, en Jorge Malem, José de Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 254), o la seguridad o certeza jurídica: precisamente que una solución prevalezca y que sepa cuál es. Pero como los tribunales pueden cambiar de criterio y producirse giros jurisprudenciales, tampoco la seguridad jurídica es un argumento suficiente para justificar la jurisprudencia vinculante. Me parece más acertada esta posición que la que manifesté en “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley” (en la obra compilada por Jorge Malem, J. Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia*, cit., págs. 39 y ss.), donde defendía por razón de la seguridad jurídica formas de precedente obligatorio, y que fue certera y acertadamente criticado por Juan Igartua Salaverría, “El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 40, 2006, págs. 59 y ss. También me he ocupado de esta cuestión en F. Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 196 y ss.

Sobre el permanente debate acerca de esta cuestión me parecen de interés dos recientes aportaciones: los trabajos de Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, titulados respectivamente “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia” y “Notas sobre la jurisprudencia” (con la aportación de Francisco J. Laporta titulada “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”), recogidos todos ellos en el volumen de esta misma

derecho a indemnización, Malem establece las siguientes condiciones para que aquél se de:

“(…) para que exista un error judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes.

Por esa razón, el error judicial no implica un uso judicial de la discrecionalidad, si está permitido por el sistema jurídico. Más bien implica la existencia de la violación de sus límites que es la arbitrariedad.”⁹

“Esta definición no supone que haya una única respuesta correcta, pero asume que hay para ciertos casos al menos una. Es posible pensar incluso que el derecho no ofrezca ninguna respuesta correcta para un determinado asunto, esto es, que haya indeterminación jurídica. En este supuesto no se puede hablar de error jurídico.”¹⁰

colección *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009; y Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis Editores, 2006, 2^a ed.

⁹ Jorge F. Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 4.

Creo que éste es el punto clave del concepto de error judicial de Jorge Malem y donde mi discrepancia es más importante:

a) Es necesario que haya una o más respuestas correctas respecto de un caso.

b) No hay error en casos de discrecionalidad permitida por el sistema jurídico, ni cuando el Derecho no ofrece ninguna respuesta correcta para un determinado asunto.

Desde mi punto de vista, no contamos en el Derecho con un criterio de verdad que permita establecer la corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Esta afirmación debe ser matizada en relación con la *quaestio facti*, pero con carácter general considero, por un lado, que cuando se habla de una única respuesta correcta se está haciendo referencia a la aceptación unánime, pero siempre provisional, de una solución para un caso concreto; y, por otro, que cuando un caso cuenta con más de una respuesta jurídica correcta es como si no tuviera ninguna, situación equivalente, por tanto, en algunos casos a la de discrecionalidad y en otros a la de inexistencia de respuesta correcta. Esta cuestión es fundamental, ya que a primera vista podría

¹⁰ Jorge F. Malem Seña, “El error judicial”, nota 2.

parecer que si en la aplicación del Derecho no hay respuestas correctas, tampoco pueden darse respuestas erróneas, postura que conduciría irremediablemente al escepticismo de considerar que cualquier decisión judicial es aceptable. Sin embargo, la opinión que defendiendo está muy lejos de esa conclusión. Veamos.

De acuerdo a la postura que estoy criticando, en la aplicación del Derecho cabrían tres tipos de casos:

- a) Casos con *una* única respuesta correcta.
- b) Casos con *varias* respuestas correctas.
- c) Casos *sin* respuesta correcta.

Para analizarlos partiré de la conocida distinción entre casos fáciles y casos difíciles¹¹.

¹¹ El siguiente punto está redactado siguiendo las ideas que ya expuse en F. Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, cit., págs. 181 y ss. También volví sobre la cuestión en F. Javier Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, págs. 59 y ss.

4. Casos fáciles y casos difíciles

Entre los juristas está muy extendida la idea de que los casos con relevancia jurídica tienen en el Derecho una respuesta correcta que el juez puede y debe descubrir. Además, cualquier operador jurídico con un mínimo de experiencia constata que los órganos jurisdiccionales con mucha frecuencia utilizan para adoptar sus decisiones las mismas normas, los ciudadanos adecuan sus comportamientos en general a normas jurídicas (e, incluso, muchos de ellos conocen un buen número de éstas) y las utilizan como apoyo de sus derechos y pretensiones (invocando artículos contenidos en documentos normativos). En definitiva, los procesos de comunicación jurídica funcionan razonablemente bien y las autoridades normativas consiguen en muchas ocasiones transmitir adecuadamente sus intenciones normativas¹².

Estas últimas consideraciones no obstan para que, en algunas ocasiones, esos problemas de comunicación aparezcan. Es relativamente frecuente que no se sepa (o surjan dudas sobre) el significado de un enunciado redactado por una autoridad normativa, que los jueces asignen a aquéllos sentidos “no

¹² Cfr. Riccardo Guastini, “In tema di ‘conoscenza del diritto’”, en *Il Foro italiano*, 1987, V, pág. 381.

queridos” por éstas, que órganos jurisdiccionales distintos (e incluso los mismos en momentos diferentes) apliquen normas jurídicas distintas invocando las mismas disposiciones, que con el paso del tiempo cambie la norma atribuida a una disposición sin que la redacción de ésta se modifique, que se detecten en el sistema jurídico normas que otorgan a un mismo supuesto de hecho soluciones incompatibles, etc.

Resumiendo, parece que en la aplicación del Derecho hay “casos fáciles” en los que la determinación de los hechos y la identificación de las normas jurídicas no plantea problemas a quienes van a utilizarlas y “casos difíciles” en los que esas operaciones se complican por diversas causas.

Una advertencia muy importante que es preciso realizar es que no existen los casos fáciles o difíciles en abstracto. Esta afirmación se comprende mejor si se tiene en cuenta que en cualquier problema jurídico (es decir, cuando se desea establecer cuál es la solución normativa para una concreta situación) están presentes dos tipos de casos: el caso *genérico* contemplado en el supuesto de hecho normativo y el caso *individual* del cual quiere conocerse su solución normativa¹³. La razón de que la solución de un caso individual se manifieste como difícil puede residir tanto en

él como en el caso genérico. Los primeros son problemas, sobre todo, de subsunción del caso individual en el caso genérico (por desconocimiento de datos del primero o acerca de si pertenece o no al caso genérico), mientras que los relacionados con este último están conectados, en buena medida, con el lenguaje utilizado por la autoridad normativa al redactar las disposiciones. Las dificultades relativas a los casos individuales serán analizadas luego, así que me centraré ahora en las que surgen con los casos genéricos.

Cualquier caso genérico puede, en un acto concreto de aplicación o para un operador jurídico determinado, aparecer como fácil o difícil¹⁴. Aunque en ocasiones se mantenga que son precisamente los casos difíciles los

¹³ La distinción fue elaborada por Carlos E. Alchourron y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, págs. 57 y ss. Para una clasificación de los casos (en sentido amplio y estricto), véase Pablo E. Navarro, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, en *Doxa*, núm. 14, 1993, págs. 250 y ss. Sobre la relevancia de la distinción entre casos genéricos y casos individuales en relación con las lagunas, vid. Josep Joan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 88 y ss.

¹⁴ Una correcta distinción entre la existencia de casos difíciles y la dificultad (subjética) para decidir casos es efectuada por Pablo E. Navarro, “Sistema

que exigen un mayor esfuerzo interpretativo, para apreciar la dificultad es imprescindible la previa interpretación de las disposiciones¹⁵. Cuando un órgano jurisdiccional, por ejemplo, desea conocer la solución normativa para un caso individual que le ha sido planteado puede encontrarse ante dos situaciones: que el significado *prima facie* de una disposición le proporcione una norma jurídica satisfactoria para resolver el asunto, ya que el caso individual es una clase del caso genérico previsto en el supuesto de hecho de esa norma (situación *de claridad*); o que le surjan dudas en relación a cuál es la solución normativa para ese caso individual (situación *de duda*). En esta última circunstancia, la interpretación no es únicamente el modo de solucionar la duda, sino también el requisito previo para que ésta se manifieste. Según la teoría de la interpretación de Wróblewski, las fuentes de la situación de duda en los procesos de atribución de significado a las disposiciones, es decir, las fuentes de dificultades para conocer las normas jurídicas son tres: el contexto lingüístico, el sistémico y el funcional¹⁶.

jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, cit., págs. 254 y ss.

¹⁵ Cfr. Pablo E. Navarro, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, cit., pág. 258.

¹⁶ Son muchos los trabajos en los que Jerzy Wróblewski ha desarrollado su teoría de la interpretación y ha caracterizado los tres contextos generadores de

En ocasiones, puede ser el mismo lenguaje utilizado por las autoridades normativas el que origine dudas sobre cuál es la norma que una disposición expresa. Al utilizarse para redactar éstas el lenguaje vulgar, las indeterminaciones del mismo se trasladan a las formulaciones normativas. Es importante, de cualquier modo, resaltar que no existen términos o expresiones que estén a salvo de estos problemas lingüísticos, teniendo en cuenta la «textura abierta» del lenguaje¹⁷.

dudas. En castellano pueden consultarse *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción española, Madrid, Civitas, 1985, págs. 49 y ss.; y varios de los trabajos recopilados en “*Sentido*” y “*hecho*” en *el Derecho*, traducción española, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989 (ahora también en México D.F., Fontamara, 2003). Con el mismo enfoque puede verse también Juan Igartua Salaverría, *Teoría Analítica del Derecho. La interpretación de la Ley*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994, págs. 55 y ss.; ID., *Márgenes y límites en la aplicación del Derecho*, Donostia, Librería Carmelo, 1992, págs. 42 y ss.; e ID., “La interpretación de la Ley”, en María Ángeles Barrère Unzueta, Arantza Campos Rubio, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, *Lecciones de teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, págs. 230 y ss.

¹⁷ Cfr. H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, cit., capítulo VII; Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. esp., Buenos Aires, Eudeba, 1970, capítulo 4; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, capítulo 3; Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1984, 2ª ed., págs. 251 y ss.; Riccardo Guastini, *Le fonti del*

También, y aunque la identificación de la norma jurídica no se vea dificultada por problemas lingüísticos, o aunque éstos hayan sido ya resueltos por medio de la interpretación, si la norma jurídica obtenida otorga al caso individual una solución normativa incompatible con la formulada por otra disposición, pueden surgir dudas acerca de cuál es la solución normativa que debe darse al caso.

Por último, puede suceder que no surjan dudas lingüísticas ni sistémicas, pero la norma jurídica *prima facie* formulada por una disposición no sea considerada satisfactoria por diversos motivos, como, por ejemplo, por conducir a consecuencias injustas a juicio del operador jurídico de que se trate. En estos casos, tal vez surja en éste la duda de si ésa es la norma expresada por la disposición.

Este rápido repaso a los problemas interpretativos y de conocimiento de las normas jurídicas es suficiente para justificar la afirmación antes realizada de la necesidad de distinguir entre casos “fáciles”, “claros” o “de rutina” y casos “difíciles”¹⁸. Aunque no

diritto e l'interpretazione, Milán, Giuffrè, 1993, cit., págs. 348 y ss.; y Victoria Iturralde, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 31 y ss.

¹⁸ De un modo u otro otorgan relevancia a la distinción Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, traducción española, Madrid, Centro de Estudios Constitucio-

existe un consenso generalizado acerca de cuándo puede hablarse de unos u otros, puede señalarse que un *caso difícil* puede estar provocado por la indeterminación del lenguaje usado para redactar las disposiciones, porque se pone de manifiesto una antinomia o una laguna o porque el operador jurídico no comparte la solución normativa; sus consecuencias serán que no cabe en relación a ellos

nales, 1991, págs. 23 y ss.; Jerzy Wróblewski en las obras antes citadas; y Riccardo Guastini, “In tema di «conoscenza del diritto»”, cit., págs. 381 y 382. Manuel Atienza (“Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1997, págs. 251 y ss.) añade, junto a ellos, los casos “intermedios” y los casos “trágicos”. Los primeros se caracterizarían, según Barak, “por el hecho de que, en el análisis final, el juez no tiene discreción para decidir. Desde esta perspectiva, son casos fáciles: lo que los sitúa aparte de los casos fáciles es sólo que en los casos intermedios ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su posición. Se necesita un acto consciente de interpretación antes de que el juez pueda concluir que el problema (*argument*) es realmente infundado y que sólo hay una solución jurídica. Cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de que hemos hablado llegará a esta conclusión —de que sólo hay una solución jurídica—, de manera que si el juez fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error”. Casos “trágicos”, por su parte, serían “aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema”.

hablar de solución correcta; su solución puede requerir sopesar las disposiciones en conflicto, utilizar los principios o acudir a juicios morales; y el conocimiento de las normas que los resuelven no es posible ya que éstas no preexisten, sino que deben ser “construidas”. Por su parte, podrá hablarse de *casos fáciles* cuando la disposición es unívoca en su significado, éste es consistente y satisfactorio para el operador jurídico, por lo que habrá consenso en que esa es la solución normativa correcta; en definitiva, será posible conocer cuál es la norma jurídica que ofrece la solución normativa de un caso¹⁹.

¹⁹ En la caracterización anterior de los casos fáciles y difíciles se ha llevado a cabo una reconstrucción libre de la realizada por Pablo E. Navarro, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, cit., págs. 252-254. Para una crítica a la caracterización de los casos difíciles efectuada por Navarro, vid. Manuel Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, cit., pág. 248. En concreto, Atienza discrepa de que pueda incluirse como nota caracterizadora de este tipo de casos la inexistencia de una respuesta correcta, por ser un asunto discutido. Recuerda, por ejemplo, la postura de Ronald Dworkin, para quien, tanto en los casos fáciles como en los difíciles, existe una única respuesta correcta.

5. Casos con *una* única respuesta correcta, casos con *varias* respuestas correctas y casos *sin* respuesta correcta

A la luz de las consideraciones anteriores creo que lo máximo que puede afirmarse es que la forma de resolución de un caso concreto no ha planteado problemas, que ha sido “fácil”, si cumple las condiciones antes señaladas. Es posible calificar esa situación como de “una única respuesta correcta”, pero me parece inadecuado ya que la presenta como una cualidad propia del sistema jurídico: es éste el que proporciona esa respuesta unívoca, cuando en realidad depende en buena medida de la actitud y la opinión de los operadores jurídicos que intervengan en el asunto.

Por otro lado, y en relación específicamente con las decisiones interpretativas, el hecho de que las dudas y discrepancias a la hora de atribuir significados a los enunciados normativos surjan no sólo de las características del lenguaje empleado por el legislador, sino también de consideraciones sistémicas y funcionales, provoca que la claridad o facilidad de un caso (la afirmación de que tiene atribuida una única respuesta jurídica correcta) sólo pueda ser referida al caso individual ya resuelto. Esa provisionalidad se explica, por ejemplo, por una reforma legislativa o por la

intervención en casos posteriores de nuevos operadores jurídicos con diferentes criterios.

Para Malem habría en la aplicación del Derecho casos para los que éste prevé más de una respuesta correcta. Coincido con él en que esa situación es posible cuando el sistema jurídico reconoce expresamente al juez un margen de discrecionalidad en el que moverse, apreciándose error cuando esos márgenes son sobrepasados. Sin embargo, por un lado, la fijación de esos límites de la discrecionalidad en ocasiones es el resultado de la interpretación y puede variar de un intérprete a otro en función de los inevitables valores presentes a la hora de determinar el significado de los enunciados normativos; y, por otro, lo que diferencia la discrecionalidad de la arbitrariedad no es tanto (o no sólo) que sean superados márgenes de movimiento, sino también que la opción que se adopte dentro de esos límites esté adecuadamente justificada.

Hay, no obstante, otro supuesto de pluralidad de respuestas jurídicas que no es mencionado por Malem y que me parece muy relevante: que esas respuestas sean incompatibles. Es decir, que en función de la valoración de la prueba (creer a un testigo o no creerlo), o en función de la interpretación (restrictiva o extensiva), por ejemplo, pueda concluirse alternativamente que un comporta-

miento está permitido o prohibido, que hay una laguna jurídica o no, que una norma ha sido derogada o no, que alguien es inocente o culpable, etc. En estos casos, decir que hay varias respuestas *correctas* es equivalente a que no haya ninguna, en la medida que no contemos con un criterio de corrección que nos permita identificar cuál (o cuáles) puede(n) ser calificada(s) de correcta(s) y cuál o cuáles no.

Finalmente, y en tercer lugar, estarían los casos sin solución jurídica correcta, los supuestos de indeterminación jurídica, en los que para Malem no podría hablarse de error. ¿Qué significa “sin solución jurídica correcta”? ¿Qué no la tiene o que la prevista no es correcta?

Si se refiere a la inexistencia de una norma que regule *prima facie* el caso individual que debe ser resuelto efectivamente carece de sentido hablar de error judicial, aunque eso no exime al juez de justificar adecuadamente la existencia de la laguna, la elección del método de integración y su uso. En este caso, el error judicial no procedería de “acertar” o no con una respuesta jurídica que no existe, sino de cómo se motiva la decisión adoptada.

Si la carencia de solución jurídica correcta se entiende en el sentido de que las existentes

son valoradas como incorrectas, vuelve a plantearse el problema de cómo identificar unas de las otras, es decir, qué criterio de corrección emplear. En mi opinión, sólo puede hablarse, también en este caso, de decisiones (racional y suficientemente) justificadas o no, estando la idea de error judicial conectada con ello.

En definitiva, en los casos provisionalmente fáciles, en los que la univocidad de la respuesta jurídica depende no del sistema sino de los operadores jurídicos concretos que intervengan en la resolución del caso individual, no tendría sentido hablar de respuesta correcta, sino, en todo caso, de respuesta común. En los demás casos la aceptabilidad de la decisión o su calificación como errónea va a estar directamente relacionada con la calidad de su justificación, es decir, de los motivos o argumentos que se aporten en su sustento.

6. *Quaestio iuris y quaestio facti*

Antes de entrar a analizar los diferentes tipos de error judicial presentados por Jorge Alem, y en la medida que su clasificación se basa en buena medida en la distinción entre fundamentos de hecho y fundamentos de Derecho, me parece pertinente realizar algunas

precisiones sobre la relación entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*.²⁰

La exposición de las cuestiones factuales y jurídicas presentes en el proceso y en la decisión judicial es tan equivocada cuando es presentada como dos mundos comunicados, como cuando se elimina pura y simplemente la distinción entre los elementos de hecho y de Derecho. Desde un punto de vista teórico, no es deseable, sin embargo, dejar las cosas en este punto. Por el contrario, para establecer dónde están los casos de error judicial procede indagar en las relaciones mutuas e intentar explicar cómo se produce el diálogo entre unos materiales y otros.

La operación procesal y decisional en la que más claramente se pone de manifiesto la interrelación entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo es la “calificación jurídica” de los primeros, en definitiva su subsunción en una norma jurídica. Esta operación consiste en determinar si los hechos del caso coinciden con los definidos en el supuesto de hecho normativo²¹. A primera

²⁰ Un desarrollo de esta cuestión puede encontrarse en F. Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, cit., págs. 63 y ss.

²¹ C.E. Alchourron y E. Bulygin (“Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y*

vista puede pensarse que, suficientemente determinados ambos elementos (fijados y probados los hechos del caso relevantes; y decidida la norma a aplicar por medio de la interpretación de la disposición seleccionada) esa operación es meramente mecánica²². Y es cierto que el nudo de la cuestión está compuesto por la fijación de las premisas del silogismo decisonal, pero también cabe realizar algunas consideraciones acerca de su puesta en conexión.

Derecho, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 305) dan la siguiente definición:

“El razonamiento jurídico consiste en establecer los hechos de un caso particular y subsumirlos dentro de la hipótesis de la norma para sacar la conclusión para el caso particular de la norma más los hechos. Por tanto, el primer paso es la subsunción de ciertos hechos particulares bajo los predicados contenidos en las normas jurídicas. [...] El proceso que conduce a la afirmación de que un predicado es verdadero de un cierto individuo, que implica que la propiedad designada por el predicado está ejemplificada en ese individuo o que el individuo pertenece a la clase que es la extensión del predicado en cuestión es tradicionalmente denominado en la jerga jurídica *subsunción*”.

²² Aunque, por ejemplo, José Almagro Nosete y José Tomás Paule (*Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Madrid, Trivium, 1994, 2ª ed., pág. 341) ya advierten, en relación con el proceso penal: “Es el Juez el que atendiendo sólo a su conciencia determina el hecho que considera probado y aplica el precepto legal que considera correcto. Esta operación mental, llamada subsunción, es la que exige una preparación especial del Juez y la que determina la grandeza y responsabilidad de su función”.

La calificación jurídica de los hechos del caso, es decir, su subsunción en un supuesto de hecho normativo, puede abordarse desde dos puntos de vista²³:

a) Como un problema de interpretación de las disposiciones normativas: ¿el enunciado que formula el supuesto de hecho incluye los hechos del caso? Por ejemplo, se trataría de determinar si el abandono de los servicios sanitarios al que se refiere el artículo 196 del Código Penal incluye la eutanasia llamada pasiva.

b) Como un problema de clasificación de los hechos del caso: ¿los hechos probados son un caso del supuesto de hecho normativo? Por ejemplo, si la eutanasia pasiva es un caso de abandono de los servicios sanitarios.

Aunque puedan parecer dos caras de la misma moneda, es muy importante desde cuál de los dos puntos de vista se aborde el problema de la subsunción ya que el primero de ellos la convierte en una *quaestio iuris* (un problema de interpretación de disposiciones normativas), mientras que el segundo punto de vista la transforma en una *quaestio facti* (un proble-

²³ Cfr. Riccardo Guastini, "Facts in Legal Language", *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, fasc. 1-2, 1989-1990, pág. 274.

ma de fijación de los hechos del caso). Tal vez la posibilidad de este doble punto de mira explique la imprecisión con la que muy a menudo suele presentarse el modo en el que los órganos jurisdiccionales adoptan sus decisiones y manejan los materiales de hecho y de Derecho²⁴. Unas veces, se dice, el juez parte de los hechos del caso y, a partir de ellos, selecciona la norma jurídica que los contempla, lo que le permite calificarlos jurídicamente; mientras que otras se afirma que el juez primero elige la norma jurídica a aplicar y luego indaga si se cumple el supuesto de hecho, realizando la calificación jurídica en caso afirmativo.

En principio, el enfoque procesalista del razonamiento judicial para resolver un litigio parece diferir en el proceso civil y en el penal, comenzando por el problema jurídico y pa-

²⁴ Carlos E. Alchourron y Eugenio Bulygin (“Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, cit., págs. 304 y ss.) han introducido en esta cuestión un elemento clarificador al distinguir dos tipos de subsunción en la aplicación del Derecho: la *individual* y la *genérica*. Así, para determinar si un contrato celebrado en domingo es un contrato inválido por sacrílego (el ejemplo es el usado por Alchourron y Bulygin, tomado, a su vez, de Ronald Dworkin) sería preciso, en primer lugar, establecer si, efectivamente, se ha celebrado un contrato y si fue en domingo (subsunción individual), y, en segundo lugar, si los contratos celebrados en domingo son sacrílegos (subsunción genérica).

sando luego a los hechos, en el primero, y abordando al comienzo los hechos y posteriormente su conexión con la norma jurídica, en el segundo. Sin embargo, una inspección más detenida muestra que las cosas no son tan distintas en uno y otro.

En ambos tipos principales de proceso se parte de unos hechos puestos en relación (explícita o implícitamente) con una norma jurídica (la demanda y la acusación). A pesar de que el principio *iura novit curia* lleva a que en ninguno de los dos casos el órgano judicial se encuentre vinculado por la calificación jurídica de los hechos efectuada por las partes, sí lo está por los hechos alegados, los cuales condicionarán la selección normativa del juez. Pero, por otro lado, los únicos hechos que importan en el proceso son los jurídicamente “relevantes”, es decir, los que están contemplados por el supuesto de hecho de la norma jurídica elegida por el juez para resolver el asunto.

Resumiendo: los hechos alegados condicionan la elección de la disposición aplicable por parte del juez, pero esa elección y la norma obtenida por medio de la interpretación de aquélla llevará a configurar un supuesto de hecho (un tipo penal) del que va a depender cuáles son los hechos del caso (los relevantes) y, en última instancia, su

subsunción o no en una concreta norma, o en una o en otra, con lo que las consecuencias jurídicas aplicadas variarán.

Quizás el intento más refinado para, si no resolver, al menos aclarar esa mezcla sin límites definidos entre los materiales factuales y jurídicos que forman parte del proceso y de la decisión judicial que le pone fin, es el de Michele Taruffo²⁵.

Para el profesor italiano la decisión judicial se elaboraría a partir de una operación compleja que denomina la “construcción del caso” y que desembocaría en la determinación de los hechos objeto de aquélla, pero no *constatando* la relación entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo, sino *constituyéndola*: el supuesto de hecho de la norma obtenida como resultado de la interpretación llevada a cabo por el juez califica jurídicamente los hechos del caso, los cuales son relevantes en relación con esa norma y en los cuales se fundamentará la decisión si resultan probados en el proceso.

La “construcción del caso” para Taruffo consistiría en una operación compleja en la

²⁵ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milán, Giuffrè, 1992, págs. 77 y ss., de donde están tomadas las ideas de este punto.

que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y controles en el análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones. Se produciría así un “círculo” o “espiral hermenéutica”:

a) Desde el punto de vista de la norma jurídica: para saber si se aplica y cuándo a los hechos de un caso, es preciso determinar éstos previamente, pero esa determinación sólo puede llevarse a cabo siguiendo el supuesto de hecho normativo.

b) Desde el punto de vista de los hechos del caso: éstos adquieren significado jurídico por medio de su calificación, es decir, poniéndolos en relación con el supuesto de hecho de la norma, pero ésta será obtenida tras una interpretación guiada por los hechos del caso, condicionada por el asunto concreto a decidir.

La influencia mutua entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo explica también los diferentes problemas que pueden surgir en la operación de subsunción de los primeros en el segundo. A pesar de que esas dificultades pueden tener como origen tanto la falta de información sobre los hechos del caso, como la indeterminación semántica o vaguedad del enunciado normativo, la ignorancia sobre los primeros impide la selección

de la disposición que los contempla y, viceversa, las dudas acerca del significado de ésta impiden la identificación de los elementos del supuesto de hecho relevantes para su subsunción en el supuesto de hecho normativo²⁶.

Esta explicación basada en la interrelación dinámica entre los hechos del caso y la norma jurídica tiene el mérito de poner de manifiesto algunos aspectos fundamentales de la decisión judicial: por un lado, resalta cómo de la porción de la realidad llevada por las partes al proceso, el juez elige sólo la jurídicamente relevante (la indicada por el supuesto de hecho de la norma elegida como regla de solución del litigio); por otro lado, explica por qué la determinación de los hechos jurídicamente relevantes (los que fijan el objeto del litigio) frecuentemente implica valoraciones. Si esa operación se realiza por referencia a un

²⁶ Los supuestos de falta de información sobre los hechos del caso son denominados por Carlos E. Alchourron y Eugenio Bulygin (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pág. 63) lagunas de conocimiento, mientras que cuando por la indeterminación semántica del caso genérico no se sabe si el hecho del caso pertenece o no a aquél, hablan de laguna de reconocimiento. Sobre la misma cuestión, véase Josep Joan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., págs. 89 y 90; y Pablo E. Navarro, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, cit., pág. 252.

supuesto de hecho normativo fruto de la interpretación valorativa de una disposición, la calificación jurídica de esos hechos se “contaminará” también de juicios de valor.

7. Tipología del error judicial

Por las razones que ya han sido expuestas, considero que el error fundamental que un órgano judicial puede cometer en el momento de decidir es el que tiene que ver con su motivación, ya que la indeterminación y, en consecuencia, el margen de discrecionalidad alcanza a cada una de las decisiones parciales que el juez debe adoptar para asignar a un caso una concreta consecuencia jurídica. Por otro lado, y también a partir de las consideraciones efectuadas en el punto anterior, me parece que puede afirmarse que la causa (mediata o inmediata) de las dificultades en la aplicación judicial del Derecho, susceptibles de provocar un error judicial, son los problemas interpretativos. Estas afirmaciones requieren, sin embargo, alguna aclaración adicional, para lo que seguiré la tipología de errores judiciales presentada por Malem.

1. *Errores y falsedades*

Incluir el enunciado judicial falso sobre los hechos entre los supuestos del error judicial me parece que aporta poco para la clarifica-

ción de éste. Pueden darse, por supuesto, enunciados falsos como consecuencia de un error judicial, pero junto a ellos habría que considerar los que tienen a las partes o las reglas procesales como causantes. Ampliar el error hasta esos límites puede acabar desfigurando el concepto. Considero más adecuado reservar el nombre de error *judicial* a los que tienen a éste como causante.

2. *Verdad y falsedad de los enunciados fácticos*²⁷

Me parece indiscutible que la finalidad del proceso es determinar la verdad material, aunque haya ocasiones en las que prevalezcan otros valores: algunas presunciones, pruebas ilegales, etc. Sin embargo, ese objetivo sólo es alcanzable, y potencial causa de error judicial, en determinados casos y dependiendo del modo en el que el enunciado normativo se refiera al hecho genérico (al supuesto de hecho): de un modo descriptivo, valorativo o relacional.²⁸

²⁷ Muchas de las ideas expuestas en este apartado están tomadas de F. Javier Ezquiaga Ganuzas, "*Iura novit curia*" y *aplicación judicial del Derecho*, cit., págs. 74 y ss.

²⁸ Una tipología con pretensión de ser completa, tal vez la única, es la de Jerzy Wróblewski, "Los hechos en el Derecho", en "*Sentido*" y "*hecho*" en *el Derecho*, cit., págs. 193 y ss. Sobre algunos tipos de hechos específicos

Hechos determinados descriptivamente: cuando, el supuesto de hecho normativo está formado por un enunciado redactado en términos descriptivos o “factuales”. Por ejemplo, el artículo 582 del Código civil establece que “No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad”. La verificación de los enunciados referentes a este tipo de hechos *prima facie* empíricos²⁹ es similar a la de cualquier otro enunciado relativo a la existencia de un hecho del mundo físico. En el ejemplo anterior, la verificación de si el supuesto de hecho de la norma se ha producido o no tiene las mismas dificultades que cualquier otra verificación empírica. Puede dudarse si una determinada construcción es o

son de interés las consideraciones de Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., págs. 105 y ss. También aborda la cuestión Tecla Mazzaresse, “Dubbi epistemologici sulle nozioni di ‘*quaestio facti*’ y ‘*quaestio juris*’”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, fasc. 2, 1992, págs. 304 y ss.

²⁹ A lo que Jerzy Wróblewski denomina “hechos determinados descriptivamente” Tecla Mazzaresse (Dubbi epistemologici sulle nozioni di ‘*quaestio facti*’ y ‘*quaestio juris*’”, cit., pág. 304, nota 21) prefiere denominarlos “hechos *prima facie* empíricos” debido a que cualquier hecho, desde el momento que es objeto de una *quaestio facti* adquiere un componente valorativo “de matriz jurídica”.

no una ventana, o un balcón u otro voladizo semejante y puede dudarse incluso sobre cómo efectuar la medición o acerca de cuándo una determinada construcción se encuentra “sobre” la finca del vecino. Pero son todas ellas dudas en torno a los hechos del caso. La determinación del supuesto de hecho en sí no ofrece especiales dificultades (aunque, como ya es sabido, éstas pueden surgir precisamente al poner al supuesto de hecho en conexión con los hechos del caso).

Hechos determinados valorativamente: cuando las expresiones o términos utilizados por el legislador para formularlos tienen carácter valorativo las dificultades para determinar el supuesto de hecho son más importantes. Un ejemplo de este tipo de supuesto de hecho lo proporciona el artículo 157 del Código penal: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”. Cuando el hecho se encuentra determinado valorativamente las complicaciones se doblan

en relación a los determinados descriptivamente ya que los enunciados referentes a su existencia son complejos. En el ejemplo anterior, para determinar el supuesto de hecho (si se ha producido un perjuicio o tara *grave* al feto) es preciso llevar a cabo dos operaciones: primero, averiguar si se ha producido algún perjuicio o tara en el feto; y segundo, apreciar si el perjuicio y la tara son graves. La primera verificación es similar a la de los hechos determinados descriptivamente, pero, junto a ella, en los que tienen carácter valorativo es preciso llevar a cabo, en segundo lugar, un juicio de valor³⁰.

Las cuestiones que se suscitan en relación con estas valoraciones son muy numerosas y no pueden ser tratadas aquí en detalle: desde el debate entre el cognotivismo o nocognotivismo ético, hasta los tipos posibles de valoraciones³¹. Baste con señalar que cual-

³⁰ Cfr. Jerzy Wróblewski, “Los hechos en el Derecho”, cit., págs. 196 y 197; Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., págs. 105 y ss.; y Juan Igartua Salaverría, “La prueba de los hechos”, en María Ángeles Barrère Unzueta, Arantza Campos Rubio, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, *Lecciones de teoría del Derecho*, cit., págs. 274 y 275.

³¹ Sobre ambos problemas, Jerzy Wróblewski, “Los hechos en el Derecho”, cit., págs. 196 y 197; Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., págs. 109 y ss.; y Juan Igartua Salaverría, “La prueba de los hechos”, cit., págs. 274 y 275.

quier valoración, cuando es racional, remite a un sistema de valores que la justifica. En la medida que esos sistemas son diversos, pueden conducir a determinaciones diferentes del mismo supuesto de hecho, por lo que cuando de hechos determinados valorativamente se trata, el sistema de valores del juez es una variable de fundamental importancia³².

La afirmación anterior no queda desmentida por el hecho de que, en ocasiones, como afirman Alchourron y Bulygin, la aplicación de los términos valorativos a los hechos del caso no implique valoraciones por parte del juez³³. En opinión de estos autores cabe distinguir entre un *uso primario* y un *uso secundario* de los términos valorativos:

“El uso primario de tales términos es para valorar, esto es, para formular juicios de valor. Los juicios de valor, cualquiera que sea su naturaleza, implican alguna clase de aprobación o desaprobación. Pero los términos valorativos también pueden ser usados descriptivamente en enunciados que no

³² La idea está tomada de Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pág. 108.

³³ La consideración es realizada por Carlos E. Alchourron y Eugenio Bulygin, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, cit., págs. 315 y 316.

expresan valoraciones (aprobación o des-
aprobación), sino proposiciones fácticas,
es decir, proposiciones a los efectos de
que la cosa en cuestión satisface las
pautas o criterios valorativos de una
cierta comunidad o grupo social. Esto es
lo que proponemos denominar uso se-
cundario de los términos valorativos.
Las proposiciones de este tipo son
fácticas y no valorativas»³⁴.

Es cierto que para aplicar un término
valorativo el juez puede hacer teóricamente
un uso secundario del mismo, sin realizar un
juicio de valor, limitándose a registrar las
valoraciones del grupo social al que pertene-
ce, aunque no las comparta. Sin embargo,
además de que en la mayoría de los casos no
existe acuerdo sobre estos términos en un
grupo social (son o expresan conceptos con-
trovertidos), nada le obliga a ello. Para la
aplicación de un término valorativo el juez
puede optar, por un lado, entre efectuar un
uso primario, es decir, un juicio de valor
(subjetivo), o un uso secundario; y, una vez
efectuada la opción por este último, por otro
lado, entre tener en cuenta las valoraciones
que se desprenden de las decisiones de los
Tribunales superiores (es decir, el uso prima-
rio realizado por éstos), las de su grupo o

³⁴ *Ibidem.*

clase social, las de las partes del proceso, etc. En definitiva, la aplicación de los supuestos de hecho valorativamente determinados implicaría siempre un juicio de valor: bien porque se lleva a cabo un uso primario de los mismos, bien porque se efectúa un uso secundario y debe optarse entre quienes defienden los valores que se van a tomar en consideración.

Hechos determinados de modo relacional: cuando en el supuesto de hecho la norma lo determina de modo relacional, siempre es preciso referirse a otra norma jurídica para establecer la existencia del hecho³⁵. Por ejemplo, cuando el supuesto de hecho del artículo 519 del Código penal menciona “la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita”, está obligando a acudir al artículo 515 del mismo Código que indica qué tipo de asociaciones tienen la consideración de ilícitas. En estos casos, la determinación del supuesto de hecho es compleja porque implica varias operaciones. En el ejemplo anterior, será preciso, en primer lugar, establecer si se ha producido el hecho de la provocación, conspiración o proposición para constituir una asociación y, en segundo lugar, acudir al artículo 515 para

³⁵ Sobre los mismos, Jerzy Wróblewski, “Los hechos en el Derecho”, cit., págs. 199 y 200.

establecer si esa asociación es de las mencionadas y, en consecuencia, puede ser calificada de ilícita. Sólo por medio de ambas operaciones queda determinado el supuesto de hecho.

Por tanto, indirectamente los hechos determinados de modo relacional tratan sobre hechos materiales, pero directamente mencionan hechos “institucionales”, es decir hechos que crean y regulan nuevas formas de comportamiento haciéndolas posibles. En definitiva, este tipo de hechos otorgan a los hechos materiales nuevos sentidos normativos, de tal modo que no pueden ser comprendidos ni tenidos en cuenta sin referirse a la norma que los crea o regula³⁶.

A la vista de la exposición realizada estimo que queda bastante claro que la verdad material, y la correlativa posibilidad de error judicial, sólo puede darse cuando los hechos están determinados descriptivamente. En los demás casos, hablar de error judicial únicamente expresará una discrepancia valorativa (hechos valorativos) o una discrepancia interpretativa (hechos relacionales).

³⁶ Cfr. Riccardo Guastini, “Facts in Legal Language”, cit., págs. 269 y 270.

3. Formulación de hipótesis sobre los hechos

En opinión de Jorge Malem, “Tanto en el ámbito ordinario como en el mundo científico los hechos se conocen a través de la formulación de hipótesis. El supuesto más simple de error judicial en los enunciados fácticos de una sentencia se produce cuando sus hipótesis no coinciden con lo acaecido en la realidad. (...) Y no pocas equivocaciones ocurren, además, cuando el juzgador no analiza las hipótesis alternativas relevantes a la principal aceptada incluso para rechazarlas”.³⁷

Pues bien, por un lado, discrepo en que la formulación de hipótesis falsas sea un supuesto de error judicial. Precisamente para verificarlas o refutarlas está prevista toda la fase probatoria en el proceso. El error, en todo caso, puede surgir cuando tras la prueba se da por cierta una hipótesis que no se corresponde con lo acaecido en la realidad.

Por otro lado, cuando el juez no tiene en cuenta hipótesis alternativas el error no surge, desde mi punto de vista, por las conclusiones falsas a las que puede llegarse, sino por incumplirse una regla importante de la motivación en materia de hechos.

³⁷ Jorge Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 11.

4. *Admisibilidad, comprensión y valoración de la prueba*

La admisibilidad de las pruebas se mueve, a mi juicio, entre los problemas interpretativos (para determinar, por ejemplo, cuándo una prueba es ilegal o irregular), y los inevitables juicios de valor para resolverlos, y las imprescindibles valoraciones para determinar en cada caso las reglas jurisprudenciales para su admisión o inadmisión (para determinar, por ejemplo, cuándo la prueba es “pertinente” y “relevante”).

En la comprensión del material probatorio creo que sí pueden darse genuinos errores de observación y percepción, pero el protagonismo judicial en ese ámbito es limitado por el privilegiado papel que juegan otros intervinientes en el proceso: policía, ministerio fiscal, peritos, abogados, etc.³⁸

Finalmente, los eventuales errores relacionados con la valoración de las pruebas son

³⁸ Me remito al respecto a las interesantes observaciones de Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, págs. 127 y ss.; y de Javier Hernández García, “Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia el proceso y cómo puede valorarse por los jueces?”, en *Jueces para la Democracia*, n° 54, 2005, págs. 73 y ss.

pura y simplemente defectos de la motivación. El error depende directamente de la calidad del razonamiento judicial: en las operaciones de deducción o inducción; para establecer lo arbitrario, irracional o absurdo; para equilibrar la relación entre valoración individual y valoración conjunta; o para aplicar los estándares de prueba. Malem advierte en este punto que en España “la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han sido incapaces de ofrecer criterios exactos para la formulación y valoración de los estándares de prueba. Esto entorpece grandemente, aunque en muchos casos no imposibilita, la tarea de determinar si se ha cometido un error en la aplicación de un estándar de prueba”.³⁹ En la medida que eso es así, el error en este ámbito estará directamente relacionado con el razonamiento que acompañe a la aplicación del estándar de prueba.⁴⁰

5. Errores en la sistematización del Derecho

Aplicar el Derecho es, en buena medida, interpretar sistemáticamente los enunciados

³⁹ Jorge Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 17.

⁴⁰ La conexión entre valoración de la prueba y motivación está muy bien explicada por Juan Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, cit., págs. 111 y ss.

normativos relevantes para la decisión de un caso. Básicamente por dos razones: porque de la interpretación combinada de dos disposiciones puede obtenerse una información normativa adicional que aisladamente cada enunciado no proporcionaba; y además porque reconstruir la regulación integral de una materia exige casi siempre la consulta de varios enunciados para tener presentes las excepciones o las definiciones legislativas, por ejemplo. Pero eso son problemas interpretativos cuya forma de resolución depende del razonamiento que la justifique.

Incluso cuando esa operación de sistematización concluye con la declaración de una laguna, una contradicción o una redundancia es consecuencia de la interpretación, no de la simple observación. Determinar si un caso está o no regulado depende de la interpretación que se haga de los enunciados normativos (por ejemplo, extensiva o restrictiva), y establecer si dos enunciados expresan o no una contradicción o son redundantes depende del significado que se les atribuya. Hablar por tanto de error en estos supuestos sólo tendría sentido, desde mi punto de vista, una vez más, referido a la justificación de cada uno de esas interpretaciones.⁴¹

⁴¹ Un desarrollo de esta cuestión puede encontrarse en F. Javier Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación*

6. Errores en la determinación del significado de las disposiciones jurídicas

En este punto Malem distingue dos supuestos:⁴² disposiciones con un núcleo de significado claro y zonas de penumbra, en las que el error se apreciaría sólo cuando el juzgador niega el significado central de la disposición; y disposiciones donde no cabe una única solución interpretativa posible, en las que la única posibilidad de error derivaría de la irrazonabilidad del criterio interpretativo empleado. Además, excluye de los supuestos de error las interpretaciones “novedosas” justificadas en argumentos razonables.⁴³

Considero que las tres situaciones son idénticas y que la existencia del error judicial sólo puede estar referida a la motivación. Cualquier disposición, desde la aparentemente más “clara” hasta la considerada más indeterminada, posee potencialmente un núcleo cen-

interpretativa en la justicia electoral mexicana, cit., págs. 85 y ss.; ID., “El sistema jurídico”, en María Ángeles Barrère Unzueta, Arantza Campos Rubio, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, *Lecciones de teoría del Derecho*, cit., págs. 151-153 y 174-175.

⁴² Jorge Malem Seña, “El error judicial”, párrafos 19 y 20.

⁴³ Jorge Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 20 y nota 18.

tral de significado claro más o menos amplio, y una zona de penumbra también variable en extensión. Por ello, la admisibilidad de la decisión interpretativa o su calificación como errónea depende siempre de los argumentos que la sustenten. Es extraño, por tanto, que Malem admita la determinancia de la argumentación para considerar no errónea una interpretación “novedosa”, pero no aplique el mismo criterio al resto de situaciones. En cuanto al criterio interpretativo como parámetro del error me remito al siguiente punto.

7. Factores de error en la interpretación

Para Jorge Malem los errores de interpretación del Derecho pueden deberse, entre otros, a los siguientes factores:⁴⁴ aplicación de un criterio interpretativo prohibido, aplicación de un criterio interpretativo arbitrario, manejo incorrecto de los criterios interpretativos, o manejo incorrecto de las “piezas” del Derecho, fundamentalmente los principios.

A pesar de que los sistemas jurídicos suelen contener, en sus Constituciones y Códigos civiles sobre todo, un buen número de normas que regulan la interpretación, estas raras ve-

⁴⁴ Jorge Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 21.

ces cumplen adecuadamente con su finalidad de que la actividad interpretativa no sea completamente discrecional. La razón fundamental es que carecen de “instrucciones de uso” que indiquen cómo (en qué orden y de qué modo) deben ser manejados los diferentes instrumentos para la interpretación, y qué significado seleccionar cuando varios modos de interpretación atribuyen sentidos diferentes al mismo enunciado. Por eso, de nuevo, los únicos casos de error en este ámbito serían los que surgen de la insuficiente o inadecuada justificación del método interpretativo elegido y/o de su uso.⁴⁵

Es verdad que un juez que aplicara un método de interpretación o de integración prohibido (como la analogía en el Derecho penal), o que no aplicara un método impuesto normativamente (como la pauta del art. 10.2 de la Constitución para la interpretación de los derechos fundamentales) estaría incurrien-

⁴⁵ Aunque referido al Derecho colombiano, pero con conclusiones fácilmente aplicables al sistema jurídico español, he analizado esta cuestión en “Normas para la interpretación jurídica y Constitución. Las reglas para la interpretación del Código Civil de Colombia a la luz de su Constitución Política”, en Beatriz Espinosa Peréz y Lina Marcela Escobar Martínez (editoras), *Neoconstitucionalismo y Derecho privado. El debate*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Biblioteca Jurídica Diké, 2008, págs. 35 y ss.

do en algo más importante que un error, puesto que se trataría de un comportamiento inconstitucional o ilegal. Pero es que, además, tampoco ese tipo de prohibiciones u obligaciones son eficaces, ya que, por ejemplo, el efecto de la analogía puede alcanzarse por otros medios, o respetando la pauta del art. 10.2 pueden justificarse significados de los enunciados constitucionales relativos a los derechos variados.

8. Errores en la aplicación del Derecho, en la calificación jurídica y en el fallo

Sobre la calificación jurídica ya he indicado anteriormente que no es, a mi juicio, una operación tan mecánica como suele ser presentada ya que es ella la que a menudo condiciona la observación de la realidad, la admisibilidad de las pruebas y su valoración. En cuanto a los errores en el fallo creo que pueden ser genuinos errores, tanto lógicos por incongruencia, como materiales. Pero sí haré alguna breve consideración sobre la aplicación de las normas.

Establecer si una norma es aplicable o no, y en consecuencia si su inaplicación o aplicación es un supuesto de error judicial, no es siempre fácil y en muchas ocasiones depende de la interpretación, por lo que su admisibilidad dependerá de las razones que la sustenten. Las

condiciones de aplicación por el juez nacional del Derecho extranjero o del Derecho europeo no están exentas de presentar problemas de interpretación, pero creo que son buenos ejemplos de error judicial. El problema de la aplicación de normas derogadas requiere un poco más de aclaración.⁴⁶

Cuando la derogación es expresa, es decir, mencionando las disposiciones (los artículos, los textos) afectadas, el efecto derogatorio es claro y un juez que aplicara uno de esos artículos (salvo que las reglas de aplicación del Derecho en el tiempo le obligaran a ello) estaría incurriendo en un grave error al aplicar normas inválidas. Pero si la derogación es tácita, es decir, supeditando el efecto derogatorio a la contradicción entre los enunciados,

⁴⁶ Acerca de las disposiciones inaplicables véase Josep Joan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., págs. 151 y ss. En cuanto a los diferentes problemas que presentan las derogaciones expresas y las derogaciones tácitas y su conexión con la distinción entre disposiciones normativas y normas jurídicas, están desarrollados en Riccardo Guastini, “In tema di ‘conoscenza del diritto’”, cit., págs. 384 y ss.; ID., *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, págs. 294 y 295; Josep Aguiló Regla, “Derogación, rechazo y sistema jurídico”, en *Doxa*, nº 11, 1992, págs. 278 y 279; y Victoria Iturralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 144 y ss.

depende completamente de la interpretación, es decir, del significado que sea atribuido al enunciado preexistente y al nuevo. En este supuesto hablar de error es más complicado y tendrá que ver sólo con el modo en el que se justifique la interpretación.

8. Conclusiones

1. Creo que Jorge Malem es excesivamente riguroso con los jueces, haciéndoles responsables de errores en la aplicación del Derecho de los que no son culpables.

2. Muchos de los resultados que son calificados de “errores judiciales” tienen su causa en características de los sistemas jurídicos y de aplicación del Derecho consustanciales a los mismos e imposibles de solucionar completamente.

3. Eso no quiere decir que el juez pueda hacer lo que quiera al decidir, pensando que haga lo que haga nunca se equivoca. Me parece que el control fundamental de la aplicación judicial del Derecho debe ser un control sobre la motivación de cada una de las decisiones parciales que el juez debe adoptar para resolver un caso. Ahí sí pueden apreciarse, se compartan o no, decisiones adecuadamente justificadas y otras que no lo están.

4. Para reducir el error judicial creo que puede ser un buen instrumento la formación del juez, pero sobre todo en los requisitos de motivación y en la argumentación jurídica.

5. Por todo ello, creo que puede darse la vuelta a la afirmación de Malem de que “Tomar en consideración el error judicial es importante porque una decisión judicial estará bien fundada cuando no padece ninguna de las múltiples formas en que puede presentarse dicho error”,⁴⁷ para señalar que, en mi opinión, *no habrá error judicial cuando la decisión judicial esté bien fundada.*

⁴⁷ Jorge Malem Seña, “El error judicial”, párrafo 5.

LOS SABERES DEL JUEZ

Jorge F. MALEM SEÑA

Introducción

1. Determinar qué conocimientos, habilidades y competencias han de tener los jueces ha sido, desde siempre, una cuestión controvertida. La falta de consenso acerca de cuáles deben ser las aptitudes y actitudes de quienes ejercen la actividad jurisdiccional se debe, en parte, a los diferentes modelos de jueces existentes y, en parte, también a los distintos modos cómo se concibe la tarea de juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Y estas desavenencias ocurren incluso con el marco constitucional como referencia.

En este trabajo se asumirá que el juez debe decidir todos los casos que conoce según su competencia conforme a derecho. Y que ha de hacerlo motivadamente en un contexto de independencia e imparcialidad. Para poder cumplir con estos requisitos, y otros más que no voy a mencionar aquí, impuestos por la legislación vigente, el juez ha de tener al

menos los siguientes: conocimiento, aptitudes y actitudes.

Conocimiento en materia de derecho

2. El juez debe conocer el derecho que interpreta y aplica. A esta regla hace referencia el aforismo *iuria novit curia*. Esta exigencia se hace más notoria, si cabe, si se piensa que el juez debe aplicar el derecho en sus resoluciones, lo que supone que el derecho es previo, en la mayoría de los casos, a su actividad jurisdiccional. Pero la expresión “conocer el derecho” es ambigua y según sea el significado con la que se use implicará uno u otros conocimientos.

3. A veces el conocimiento del derecho hace referencia al conocimiento de los textos legales dotados de autoridad y respecto de la costumbre y los principios implícitos a las formulaciones a través de las cuales éstos se expresan.

Los jueces han de conocer en ese sentido las formulaciones lingüísticas mediante las cuales se manifiestan las fuentes del derecho. Aquí el conocimiento del lenguaje es fundamental. Sobre el conocimiento en materia lingüística volveré más adelante. Como llega el juez al conocimiento de estos textos es irrelevante para el derecho.¹ A diferencia de

lo que ocurre con el conocimiento de los hechos en el proceso, respecto de las cuestiones normativas la ciencia privada del juez cobra especial relevancia.

4. Pero el conocimiento de los textos aún cuando es necesario para el conocimiento del derecho resulta insuficiente y no colma el aforismo *iuria novit curia*.² Los jueces han de conocer las normas jurídicas que son el significado de esos textos y que se aplicarán al caso concreto.

Si se acepta que, en general, las formulaciones normativas tienen un significado central claro y zonas de penumbra, el juez ha de conocer, al menos cuál es ese significado central. En ese sentido, en la vinculación existente entre una formulación normativa y una norma es importante distinguir “entre el descubrimiento de un significado existente y la adjudicación (total o parcial) de un significado nuevo. La primera actividad es empírica a pesar de que los significados no son entidades empíricas. El significado de una expresión está dado por el uso común del lenguaje

¹ Otra cuestión bien distinta es cómo debe citar los textos dotados de autoridad y las normas que aplica en sus decisiones.

² Por esa razón la repetición mecánica, memorística y textual de los textos dotados de autoridad no supone conocer plenamente el derecho.

corriente o del lenguaje jurídico, o bien por la intención del autor de la expresión (en nuestro caso, de la autoridad normativa que ha dictado la norma). Los dos pueden ser investigados y eventualmente determinados con métodos empíricos.”³

El juez ha de saber cuáles son los significados de las palabras de la ley según su uso corriente y también técnico. Hay textos que poseen un significado claro y otros que por el contrario no lo tienen.

Un significado es claro cuando existe consenso acerca de su denotación y connotación. Un significado es oscuro cuando no existe consenso acerca del significado de las expresiones legales. En ambos supuestos el manejo de la jurisprudencia y el dominio de la dogmática resultan aquí esenciales. La jurisprudencia permite al juez conocer cuáles son las soluciones que los tribunales han dado a problemas similares a los que tiene que resolver y cuáles son las razones que han aducido para ello. Ello le permite observar si hay consenso sobre el significado de los textos legales en las prácticas judiciales.

³ Cfr. Eugenio Bulygin, “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1991, pág. 470.

El conocimiento de la dogmática también es indispensable. En el primer supuesto porque indica cuáles son los usos que usualmente tienen las formulaciones normativas y en el segundo porque muy a menudo la dogmática jurídica realiza juicios de *lege ferenda* acerca de los posibles significados de los textos legales que pueden servir de guía al juez para apartarse de, o intentar modificar, la jurisprudencia hasta ese entonces vigente.

5. Pero este conocimiento, que es empírico, no ha de implicar un seguimiento ciego del precedente o de las corrientes de opinión de la doctrina, incluso la mayoritaria. Puede ser que el juez quiera, por razones teóricas o justificatorias, modificar la jurisprudencia hasta ese momento vigente y utilizar los recursos interpretativos que la teoría jurídica le ofrece para hacerlo. En este supuesto el conocimiento de estos recursos es lo imprescindible. El juez ha de conocer los criterios interpretativos y argumentativos que pone a su disposición la teoría del derecho.⁴ Y, por cierto, no todo argumento jurídico requiere el mismo tipo de conocimiento, solo hay que

⁴ Alguien podría pensar que este tipo de conocimientos y de habilidades siempre son imprescindibles para el cumplimiento de la tarea profesional del juez. Incluso en los casos claros, para saber si adhiere o no al consenso generalizado. Pero esto no invalida lo precedentemente afirmado.

pensar que el argumento sistemático supone conocimientos lógicos y el argumento de la voluntad del legislador conocimientos históricos.

6. Y conocer el derecho supone también la aptitud para operar con las distintas piezas del derecho. No es lo mismo interpretar y aplicar una norma de acción que un principio. Ni hacer un razonamiento subsuntivo que uno ponderativo.⁵

7. El conocimiento del derecho por parte del juez se complica si se toma en consideración que el derecho contiene ciertas disposiciones con contenido valorativo. Para interpretar y aplicar estas disposiciones se pueden seguir dos procedimientos según sea la posición que se adopte. El primero, muy presente en la dogmática, sobre todo la penal, sostiene que han de ser interpretados a la luz de las valoraciones socialmente existentes. Las disposiciones jurídicas con contenido valorativo remitirían así a la moral social, a las prácticas colectivas realmente existentes. El conocimiento de dichas prácticas sería empírico. Volveré sobre ello más adelante.

⁵ Cfr. para un análisis de las piezas del derecho véase Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel 2004.

La segunda posición sobre la interpretación de las disposiciones con contenido valorativo asume por el contrario que es el propio juez quien debe realizar una evaluación. Supone que el juez ha de llevar a cabo un razonamiento moral cuyo resultado colapsará en la interpretación que hará de la disposición jurídica en cuestión. Para interpretar cláusulas tales como la que prohíbe los tratos crueles y degradantes el juez debería razonar moralmente. Para hacerlo, tal vez sería de ayuda contar con conocimientos de ética normativa y de meta-ética. Esta última contribuiría a una mayor y mejor explicitación de las razones que se aducen a favor de una decisión.

8. Pero todo lo dicho con anterioridad no puede oscurecer el hecho de que las normas jurídicas no se encuentran en solitud, sino que forman un sistema y que todo conocimiento del derecho supone la tarea de su sistematización. “Si una condición necesaria del conocimiento del derecho es la sistematización del material jurídico, entonces la tarea sistematizadora sería un deber técnico para aquellos que tienen que usar las normas jurídicas y, en especial, para los jueces que deben (en sentido normativo) resolver los casos

mediante la aplicación de normas jurídicas.”⁶
Aquí el saber del juez ha de centrarse en cuestiones lógicas.

Conocimiento en materia de hechos

9. En la mayoría de los procesos los jueces resuelven casos individuales controvertidos. La controversia en buena parte de esos casos gira en torno a cuestiones de hecho, que deben ser probadas. Pero el conocimiento de los hechos y la prueba de los mismos no es una tarea sencilla.

10. El conocimiento de hechos en el ámbito del derecho como el conocimiento ordinario o científico se realiza mediante la formulación de hipótesis. El juez debe formular hipótesis sobre hechos pasados –Juan mató a Pedro–, sobre hechos presentes –el edificio amenaza ruinas– o sobre la posibilidad de acaecimiento de hechos futuros –cuestiones vinculadas al lucro cesante–. Y pueden versar sobre una enorme cantidad de supuestos fácticos. Esa es una primera dificultad. La segunda es no existe un método universal para la formulación de hipótesis.

⁶ Cfr. Pablo Navarro, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”, *DOXA* N° 14, 1993, pág. 249.

11. En un sistema acusatorio, las bases que tiene el juez para formular la hipótesis inicial de trabajo provienen de los datos afirmados por las partes en la demanda y en la contestación de la demanda. En realidad, si la disputa versa sobre hechos, el juez debería tener en mente las hipótesis presentadas por ambas partes y, la propia, si es que posee alguna, siempre que respete la causa de lo solicitado y lo que se solicita. En este paso ya el juez debe tener dos tipos de conocimientos distintos: el primero es normativo, puesto que sus hipótesis fácticas han de estar vinculadas a las posibilidades de ser subsumidas en una norma sustancial y, además, han de ser sometidas a prueba según el sistema jurídico-procesal. El conocimiento del derecho resulta aquí básico. El segundo está relacionado con el objeto mismo del proceso, con los datos controvertidos sobre los que versa el litigio. Aquí el conocimiento de cómo es el mundo resulta indispensable.

Qué tipo de conocimiento y “cuánto” conocimiento acerca del mundo ha de tener un juez es una cuestión discutible. Dado su carácter técnico, al juez se le debe suponer un mayor conocimiento que aquel que sería esperable en un ciudadano común, habría que exigir que el juez tenga una visión del mundo más ajustada que un ciudadano ordinario, aun cuando se circunscriba a las cuestiones que

atañen a aquella parcela de la realidad que cae bajo su competencia, en ese sentido, debería saber más que “un lector atento de periódicos”.

12. En esta primera etapa, el juez ha de evitar hacer un recorte incondicionado de hipótesis. Cuantas más hipótesis relevantes tenga, respecto del objeto principal del proceso y más hipótesis accesorias posea, también relevantes, mejor será para la averiguación de la verdad. Aunque es obvio que a lo largo del proceso irá depurando sus hipótesis hasta que alcance la que considere definitiva. Esta depuración se logra a través de un proceso de interacciones mutuas entre las pruebas presentadas y las argumentaciones por una parte y las hipótesis que se ven corroboradas o refutadas por la otra. Teniendo siempre en cuenta como trasfondo el sistema normativo relevante.

13. Entre los saberes muy generales necesarios en esta etapa se encuentra conocer los aspectos más básicos de filosofía de la ciencia que le permitan formular juicios plausibles sobre los hechos que se discuten en la causa y sobre aquellos datos fácticos que servirán para la prueba. Al juez no se le ha de exigir los mismos conocimientos que a un epistemólogo, pero ha de conocer qué es una hipótesis y ha de saber cómo operan los métodos hipotético-

deductivo e hipotético-inductivo al menos en sus versiones más simples. Ha de tener ideas también acerca de qué es una teoría, cómo funciona y cuáles son sus límites. Y ha de tener los suficientes rudimentos epistémicos como para distinguir en su quehacer el contexto de descubrimiento del contexto de justificación, aunque éstos carezcan de perfiles nítidos.

El juez ha de saber, además, que no existe un único concepto de verdad y que la adopción de uno de ellos genera numerosas consecuencias para su labor, aunque en este trabajo se supone que el concepto de verdad más útil para cumplir con la función judicial sea el de verdad como correspondencia. El juez ha de advertir en su acervo cultural, asimismo, que existe una serie de categorías y de conceptos controvertidos de cuyo uso dependerá en parte cuál será su decisión para el caso concreto. Los conceptos de intención o de causalidad pueden servir como ilustración de lo afirmado. Si se asume la causalidad, por ejemplo, como una vinculación necesaria, o como una vinculación suficiente o como una vinculación necesaria y suficiente entre dos estados de cosas se seguirán consecuencias distintas para la adscripción de responsabilidades. Tal vez no sea posible seguir una única noción de causalidad, pero al menos el juez ha de saber

que tiene que tomar una decisión al respecto y saber qué se sigue de ella.⁷

Y también ha de tener conocimientos sobre como funciona el método inductivo. Ha de estar al tanto de que las conclusiones que se obtienen por este método son solo probables y, por lo tanto, ha de reflexionar acerca del impacto que esto tiene para la práctica jurídica. Y aunque la lógica inductiva permita inventar hipótesis explicativas a partir de hechos individuales, el juez ha de tener presente que la inducción permite probar la verdad de un enunciado solo en su grado de probabilidad.

14. Pero estos saberes generales no deben hacer olvidar que también el juez ha de estar en posesión de unos conocimientos y de unas técnicas específicas que contribuirán a que corrobore o refute [pruebe] mejor los enunciados acerca de los hechos que son objeto de discusión en el proceso.

Estos conocimientos específicos dependen por completo del ámbito competencial de cada juez. La casuística aquí es importante. Así, un

⁷ Para un análisis de estas cuestiones, véase Daniel González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*. Bogotá: Temis 2005, especialmente capítulo III.

juez de lo civil probablemente deba tener un conocimiento, unas herramientas y unas habilidades diferentes a las de un juez en lo penal o en lo contencioso-administrativo. Y dentro de las grandes ramas del derecho también es posible hacer divisiones respecto de aquello que cada especialidad exigiría. Un juez en lo penal económico puede requerir unos conocimientos que tal vez no sean exigibles a un juez en lo penal juvenil. “En otras palabras, el juez no tiene por qué ser un científico, pero sí necesita una buena preparación epistemológica –articulada en función de las características de las distintas áreas del saber científico que entren en juego– si quiere estar en condiciones de valorar la fiabilidad científica de las pruebas presentadas.”⁸

15. Hay quienes pueden pensar, sin embargo, que no es necesario que el juez tenga este tipo de conocimiento especializado, ya que cuando su ciencia privada no alcanza el derecho le permite utilizar el recurso de los peritos para que le informen sobre aquello que debe saber para la resolución del conflicto jurídico planteado.

⁸ Cfr. Michelle Taruffo, “La prueba científica en el proceso civil”, en Jordi Ferrer Beltrán, Marina Gascón Abellán, Daniel González Lagier y Michelle Taruffo, *Estudios sobre la prueba*. México: UNAM, 2006, pág. 185.

Pero aceptar sin más esta tesis presenta algunos inconvenientes, aunque se reconozca que la prueba pericial es y debe ser utilizada en determinados supuestos siempre que el derecho así lo permita o lo exija. Según Michelle Taruffo, si el juez no conoce ni tan siquiera los rudimentos de los conocimientos que se supone deben aportar los peritos no podrá distinguir entre los aspectos científicos del razonamiento de los peritos de los aspectos pseudo científicos. Es decir, no podrá distinguir entre lo verdadero y lo falso de los enunciados periciales. También tendrá dificultades para la elección del perito, ya que no tendrá criterios para distinguir aquel que está mejor preparado que otro para llevar a cabo el peritaje. Mientras que, al mismo tiempo, un juez ignorante no podrá formular al perito preguntas adecuadas, ni podrá valorar la prueba pericial tal como lo exige la legislación.⁹

Y después queda el espinoso tema de los conocimientos que ha de tener el juez para utilizar adecuadamente un estándar de prueba. Aquí más bien ha de tener ideas jurídico-normativas y una gran cultura de lo que significan los valores constitucionales aplicados al proceso.

⁹ Idem, págs. 178 y ss.

Conocimiento en lógica

16. Los jueces deben tener formación en lógica. Esta exigencia técnica genera poca discusión. Por lógica entenderé un tipo de argumento o razonamiento formal, cuya validez no es dependiente de su contenido. A través de los métodos y de las reglas de la lógica se pretende distinguir el razonamiento que es correcto de aquel que es incorrecto, partiendo de al menos una premisa para arribar a una conclusión. La lógica constituye, en ese sentido, un modelo acerca de cómo se debe razonar [lógicamente].

Los argumentos lógicos pueden ser deductivos e inductivos. Ambos ofrecen razones para la conclusión a partir de unas premisas. En el primer caso, si las premisas son verdaderas la conclusión también lo será. Aquí se habla de razonamientos válidos o correctos. En el segundo caso, si las premisas son verdaderas la conclusión solo será probablemente verdadera.

El conocimiento de la lógica deductiva es importante porque permite una mejor sistematización del material normativo, impide o dificulta que se cometan errores en la justificación interna y evita que se usen categorías conceptuales dogmáticas auto cancelatorias. Y debería evitar o advertir sobre la possibili-

dad de que se cometan falacias, tanto formales como informales. Contribuyendo, a la vez, a que el razonamiento sea más ordenado y claro.

Si se aceptara que se debe tener conocimiento en lógica deductiva la pregunta siguiente sería cuánta lógica debería saber un magistrado. La respuesta obvia es cuánto más lógica mejor. No obstante, un juez no es un filósofo, ni un especialista en lógica y, por ello, sólo ha de tener los conocimientos suficientes de lógica elemental como para ejercer su profesión, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con competencia técnica. Por ello tal vez sería exigible que tuviera conocimientos sobre algunas cuestiones muy básicas del lenguaje, como el de las propiedades de los lenguajes naturales, de los lenguajes técnicos y de los lenguajes formalizados. También habría de tener información sobre el lenguaje de la lógica: qué significa por ejemplo “implicación”, “inferencia” o “conclusión” y sus respectivas relaciones. Y entrenamiento en lógica proposicional y en lógica de predicados.¹⁰ Y finalmente habría que prestar una especial atención a las falacias, fuente de error muy común en el razonamiento jurídico.

¹⁰ Ese es el camino seguido por José Juan Moreso en su *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*. Barcelona: Editorial UOC, 2006, págs. 47 y ss.

El conocimiento sobre lógica inductiva es fundamental para el razonamiento acerca de los hechos a los que hice referencia con anterioridad. Y también lo es, por ejemplo, para conocer las características y los límites del razonamiento por analogía.

Conocimiento de la realidad

17. El conocimiento de la realidad es relevante tanto desde el punto de vista normativo como empírico. El conocimiento de la realidad es necesario para la interpretación de las disposiciones legales, es imprescindible para operar con ciertos argumentos interpretativos y para la adecuación de las normas “a la realidad”.¹¹

El conocimiento de la realidad es importante también para el establecimiento de los hechos que se consideran probados. Si los jueces desconocen los aspectos más generales y básicos de la realidad que le circunda difícilmente podrá dar nada por probado. No podrá utilizar máximas de experiencia ordinarias o científicas. “En cierto sentido, –afirma

¹¹ Véase, por ejemplo, art. 3.1 del Código Civil español, “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el 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.”

Michele Taruffo– la prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real...”¹²

18. La expresión “conocimiento de la realidad” no es clara, ni unívoca. “Realidad” puede entenderse de distintos modos y puede conocerse de muy diferentes maneras. Es sabido que una determinada “parcela de la realidad” puede reconstruirse epistémicamente de modos muy diversos. No únicamente porque la descripción de la realidad depende del nivel de abstracción con que se quiera indagar, sino también porque dependerá del nivel cultural de quien describa y de los objetivos que persiga. Y la cuestión se complica, aun más si cabe, si lo que se tiene que describir “como realidad” no son tanto estado de cosas sino acciones e instituciones.¹³

19. El conocimiento del juez sobre el mundo físico es básico. El juez ha de conocer los aspectos más básicos del mundo en el que está inmerso. Ha de tener el suficiente conocimiento científico como para saber interpretar la realidad de forma plausible. Cuánto más

¹² Cfr. Michele Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, n° 3, 2003, pág. 39.

¹³ Para analizar todas estas dificultades puede verse, Daniel González Lagier. *Quaestio Facti*, ob. cit.

culto sea el juez mejor para su práctica profesional. Y debe conocer las máximas de experiencia corrientes, profesionales y científicas que le permitan realizar su labor. En caso contrario podría intentar afirmar o probar hechos imposibles o negar relaciones causales manifiestas. Ha de tener un conocimiento más o menos amplio, en ese sentido, de aquellos estados de cosas del mundo físico que son de algún interés en el momento en que ejerce la jurisdicción.

20. El conocimiento sobre distintos aspectos del orden social en el que vive también resultará imprescindible para el juez. El juez no puede ser un profesional aislado del mundo que le rodea, con total ignorancia de su entorno. El juez no es un matemático capaz de trabajar en una burbuja de cristal.

Un juez cuya competencia verse sobre el derecho de familia, por ejemplo, ha de conocer cual es la “realidad de la familia” que impera en la sociedad en la que opera, ha de conocer si hay estructuras familiares monoparentales y cuáles son los inconvenientes que esto plantea, si es que plantea alguno, para los niños adoptados, ha de conocer cuál es la implantación de los matrimonios de personas del mismo sexo o de parejas de hecho, la posibilidad de compatibilizar cargas familiares y laborales, etc. Ha de conocer

asimismo cuál ha sido la evolución de la familia en los últimos tiempos, y las consecuencias que esto implica para saber cómo se comportan los diferentes modelos familiares en una sociedad multicultural. Sin una adecuada comprensión de esta “parcela de la realidad” difícilmente pueda un juez de familia realizar una tarea técnicamente correcta.

21. El juez ha de conocer la realidad social, además, porque actúa en un medio social donde sus decisiones impactan con consecuencias que van más allá, en muchos casos, de la mera resolución del conflicto individual planteado. El juez ha de ser consciente de la tarea que realiza y de los efectos políticos, económicos y sociales que provoca con sus decisiones. Si desconociera la realidad social ni tan siquiera podría saber cuáles son los efectos de sus decisiones. Y tampoco sería capaz de blindarse contra las presiones impuestas por el contexto social a través fundamentalmente de los medios de comunicación social, sean o no de carácter político.

22. Y debe conocer además la realidad institucional en la que desarrolla su tarea. Un juez cuya competencia sea los delitos económicos no puede ignorar cómo operan las entidades crediticias. Si se es juez en delitos electorales ha de tener noticias de cómo se vinculan los partidos políticos con los grupos

de intereses y hasta qué punto existen intermediaciones entre lo político y lo económico. ¿Cómo si no podrían juzgar con acierto sobre financiación irregular de los partidos políticos? Y lo mismo ocurre con el conocimiento que debe tener el juez respecto del funcionamiento de las instituciones estatales en sus diversos niveles. Su ignorancia le incapacitaría para ver cuestiones de competencia o de constitucionalidad.

Naturalmente, el juez ha de tener un conocimiento mejor que aquel que posee un ciudadano común sobre la “parcela de la realidad” sobre la que recae su competencia. Su saber, no hay que olvidar, es un saber técnico y por lo tanto superior al de un buen lector de periódicos. Esto supone que debe tener una sólida cultura general y específicos conocimientos sobre aquellas materias en que se interesará en virtud de su competencia. Esta es una de las razones que aconseja que la competencia jurisdiccional sea cada vez más especializada.

Conocimiento en materia lingüística

23. El juez ha de ser versado en el uso del lenguaje natural y técnico del derecho para llevar a cabo dos tareas distintas. La primera, se vincula a la interpretación de la ley. El juez debe conocer lo que la ley establece. Con ese

objetivo, como es sabido, el primer criterio que ha de seguir para interpretar un texto legal es el de su sentido literal, esto es, ha de seguir el significado estándar o habitual de los términos y hacerlo de acuerdo con las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. La segunda, se relaciona con la formulación de la sentencia.

24. Es evidente además que las palabras pueden adquirir diferentes significados en contextos diferentes. En ocasiones para entender lo que expresan las palabras hay que prestar atención al contexto conversacional donde aparece. Y esto adquiere una relevancia especial para la práctica judicial. Los jueces deben desarrollar una sensibilidad exquisita y tener un especial cuidado por comprender adecuadamente los mecanismos comunicativos que existen en las declaraciones testimoniales o periciales, en la absolución de posiciones o mientras se produce la prueba confesional. La seguridad jurídica de los involucrados en el proceso depende en cierto modo del conocimiento y control de parte del juez de los aspectos pragmáticos del lenguaje. No es igual el contexto donde se expresa el perito y el significado de sus palabras que el contenido significativo de la declaración de un detenido que ha consumido estupefacientes en un juzgado de instrucción.

No hay duda que la capacidad para utilizar el lenguaje oral y sobre todo escrito como una herramienta descriptiva, prescriptiva y pragmática puede y debe ser mejorada mediante una educación adecuada. Esto se aplica también a los jueces. Los jueces deberían poseer conocimientos amplios sobre los aspectos semánticos, sintácticos y pragmáticos de la lengua que utilizan en su profesión.

25. Paralelamente se debería hacer un esfuerzo mayor por solucionar los errores más visibles y toscos del lenguaje forense. Es verdad que esa tarea también corresponde a instancias distintas a las judiciales. Se deberían desarrollar normas procesales que indicaran cómo ordenar los argumentos –si no los hubiera– y proponer una especie de libro de estilo del lenguaje forense tanto oral como escrito.

Pero los jueces deberían hacer un esfuerzo por superar sus limitaciones lingüísticas y mejorar el modo cómo se expresan en sus sentencias. Las sentencias han de ser documentos que se auto justifican y deben ser comprensibles no solo para los letrados que intervienen en la causa sino también para el público en general. Esto es una exigencia constitucional.

26. Además, la sentencia judicial, que es un texto revestido de autoridad, tiene como finalidad solucionar una controversia y no debe arrojar dudas acerca de cuáles han sido las razones normativas y fácticas que la fundamentan. Para contribuir a la pacificación de la vida social debe intentar ser lo suficientemente persuasiva como para que la parte que no ve satisfecha sus pretensiones en el proceso la acepte y la acate. Una sentencia mal escrita nunca será una sentencia bien fundada.

Ahora bien, que los jueces deban tener un mayor conocimiento y una mejor aptitud lingüística no significa que deban asumir las exigencias lingüísticas de su profesión como literatos. Como nos recuerda el juez Holmes, “no estudiamos etimología, sino derecho.”¹⁴ Conocer la lengua mediante la cual se expresa el derecho y a través de la cual se ha de formular las decisiones judiciales es una condición necesaria para una buena práctica forense aunque no suficiente.

Consideraciones finales

27. La tarea del juez en el siglo XXI se presenta como una tarea sumamente comple-

¹⁴ Citado por David Mellinkoff, *The Language of the Law*. Boston: Little, Brown and Co, 7^o edición, 1990, pág. vii.

ja. Nadie duda de ello. Esta complejidad tiene causa tanto en materia de derecho como en cuestiones de hecho. Así, el juez español, por ejemplo, ha de ser un juez de la legalidad, en el sentido de que ha de estar sujeto a la ley, ha de ser un juez constitucional, que, como tal, ha de juzgar conforme a criterios constitucionales, ha de ser un juez que ha de velar por un exquisito respeto por los derechos humanos, ha de ser un juez que conozca el derecho comunitario y que esté atento a la permanente internacionalización del derecho y ha de ser un juez autonómico, que no puede olvidar la particularidad del subsistema jurídico con el que tiene que convivir.¹⁵

Por todo ello, en España, en virtud del sistema del juez vigente, los jueces tienen la obligación de conocer el derecho y éste en toda su extensión. En el ámbito del derecho constitucional resulta obligado para un juez un especialísimo acercamiento a la regulación de los derechos fundamentales. Aquí no solo basta conocer el texto constitucional, hay que comprender la jurisprudencia constitucional y también la legislación y jurisprudencia europeas al respecto. El juez, a su vez, ha de

¹⁵ Cfr. Rafael Jiménez Asensio, “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio.”, CGPJ, *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*. Manuales de Formación Continuada n° 13, Madrid: 2004, págs. 165-166.

conocer la legislación de la Unión Europea y ha de estar preparado para la cooperación judicial internacional, en un contexto donde las relaciones privadas y también las estatales adquieren paulatinamente un mayor nivel de transnacionalidad.

Los jueces españoles han de estar preparados para moverse dentro del espacio judicial europeo. Para moverse con soltura en este espacio judicial europeo se hace necesario manejar ciertas herramientas como el Atlas Judicial Europeo, los formularios de asistencia en la redacción de solicitudes de cooperación judicial o el prontuario de Auxilio Judicial Internacional.¹⁶

El juez español al ser un juez de la legalidad debe conocer bien las normas del derecho español, y ha de decidir de acuerdo al sistema de fuentes, y eso a pesar de la inflación legislativa en la que se vive, con todo lo que ello comporta. Que el juez español sea un juez de la legalidad supone además que tiene el deber de obedecer al derecho y que, por lo tanto, no puede ampararse en su conciencia para no aplicar el derecho que conoce.¹⁷

¹⁶ Idem, págs. 53 y ss.

¹⁷ Cfr. Francisco de Blasco Gasco, “Sobre la necesidad de formación de los jueces”, *Jueces para la demo-*

28. Otro de los elementos que contribuye a incrementar la complejidad de la tarea del juez es el problema de los hechos y el de su prueba.

Y si bien las cuestiones de prueba se relacionan con las normas jurídicas que las regulan están también vinculadas con consideraciones acerca de cómo es el mundo. Por ese motivo, el juez ha de tener una serie de conocimientos técnicos que le permita establecer qué fue lo que acaeció y que motivó el proceso.

Para ello ha de contar con conocimientos específicos. Cuanto más específica sea la competencia material del juez, más específicos serán los conocimientos técnicos en materia de hechos que el juez ha de tener. Así, por sólo poner ejemplos más que evidentes, un juez que decida en el ámbito penal ha de tener conocimientos en balística o si decide en cuestiones en lo penal-económico ha de tener conocimientos de contabilidad y sobre como funcionan las entidades crediticias.

De ignorar todos estos conocimientos en un nivel tal que le impida mantener un diálogo

cracia, nº 38, julio de 2000, pág. 20; citando a Rafael de Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: 1995.

con las partes, con los testigos o con los peritos, el juez se encontrará en materia de pruebas a expensas de lo que digan sus peritos. De hecho sus decisiones –acerca de la prueba de los hechos– quedarán en manos de los peritos.

29. Los conocimientos que aquí se han señalado son los más elementales y generales que todo juez debe poseer. Pero no deben ser considerados como suficientes ni exhaustivos. Cada especialización genera sus propios reclamos cognoscitivos.¹⁸ Se trata además de conocimientos siempre abiertos, que requieren una permanente actualización sobre cuestiones tan diversas como los atinentes a las reformas legislativas o a los cambios jurisprudenciales, el conocimiento sobre un cada vez más cambiante derecho comunitario e internacional. El juez debe adiestrarse continuamente asimismo sobre ciertas metodologías judiciales tales como dirigir una audiencia, hablar en público o saber escuchar a menores o a interrogar correctamente. También el juez ha de estar atento a la

¹⁸ Enumerar cada uno de estos reclamos es una tarea ardua e importante para diseñar los mecanismos de elección, de especialización y de perfeccionamiento de los jueces. Pero esta tarea excede las posibilidades de este trabajo, y más si se piensa que desde aquí se aboga por una mayor especialización de la jurisdicción.

realidad social e institucional necesariamente cambiante que le rodea.

En definitiva, “la profesionalidad exigida hoy no puede limitarse al saber jurídico tradicional. Un juez que –por poner sólo un ejemplo– no sabe leer el balance de una empresa no tiene la aptitud profesional requerida para verificar el cumplimiento de la ley en el campo económico, nacional e internacional. El juez actual necesita también una cualificación interdisciplinar integrada con aportaciones de diferentes sectores de las ciencias y, en general, del saber.”¹⁹

30. Por ello el juez no ha de tener únicamente una sólida formación técnica básica, sino que ha de tener una sólida formación profesional. Esto implica que ha de haber reflexionado sobre el papel que juega el juez en el Estado y en la sociedad. Ha de haber pensado acerca de cuáles son sus deberes morales y sobre las reglas deontológicas que le rigen. Y ha de tener conciencia también sobre lo que esperan los ciudadanos de él.

Y sobre todo, el juez ha de ser consciente de sus propios límites, ya que los jueces, al

¹⁹ Cfr. Franco Ippolito, “La formación de los magistrados”, *Jueces para la democracia*, nº 50, 2004, pág., 21.

valorar las pruebas, y no únicamente la testifical, por ejemplo, pueden verse influidos por sus propios prejuicios o concepciones filosóficas, de tal modo que vean sesgadas apreciaciones de un modo inconsciente. Esto es puramente idiosincrático.

En ese sentido, los jueces han de adoptar una actitud de autocontención, de serena reflexión para que sus deberes de imparcialidad no se vean afectados. El conocimiento de sí mismo y de sus propios sesgos ideológicos forma parte también del conocimiento profesional exigido.

31. No parece razonable exigir que el juez sea una persona omnisapiente. Ni siquiera que tenga el acervo cultural de aquellos hombres del renacimiento capaces de conocer desde las matemáticas a cuestiones de la teoría de la física del momento hasta pintura, música, filosofía y, naturalmente, derecho. Los saberes que aquí se exigen son alcanzables por un jurista medio bien entrenado. Para que esto sea posible dos condiciones parecen ser necesarias aunque no suficientes: un redireccionamiento en el aprendizaje y una mayor especialización en la práctica jurisdiccional.

32. Por todo ello, no solo es importante la formación inicial de los jueces para ejercer su

profesión, sino también la formación continua. Esta formación es relevante para la calidad global de la administración de justicia.

En todo caso, cuando se piensa en la formación del juez habría que recordar las palabras de Luis Jiménez de Asúa, cuando afirmaba que: “los problemas penales no pueden seguir manejados por el empirismo y la oratoria, y que en las pesquisas del delito, en las acusaciones y defensas y en los fallos de los tribunales, se precisa más ciencia y mejor técnica.”²⁰

²⁰ Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Crónica del crimen*, ob. cit. pág. 116.

SELECCIÓN Y FORMACIÓN INICIAL DEL JUEZ

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

El libro de Jorge Malem que esta jornada tiene como referencia constituye una correcta aproximación al tema, en extremo relevante, de las exigencias formativas que plantea el modelo constitucional del juez, como operador racional de un ordenamiento como el nuestro. En tal sentido, nada especial que añadir, pues concuerdo sustancialmente en las apreciaciones del autor en la materia que aquí nos interesa. Por eso, partiendo de este consenso básico, discurriré sobre el profundo *decalage* observable entre el paradigma desarrollado por Malem y la vertiente práctica del asunto entre nosotros.

Ingresé en la magistratura en los primeros setenta del pasado siglo. Era la última etapa de la dictadura franquista y es obvio que, aunque lo que hacían los jueces en general no resultaba indiferente, el centro del interés lo ocupaba la proyección, la cara específicamente política de la justicia, concentrada en el Tribunal de Orden Público y en medida significativa, también, en la Sala de lo Penal del

Tribunal Supremo. De esta manera –se entiende– la cuestión de la selección no estaba entonces, precisamente, en la agenda política, ni siquiera en la de los dedicados más directamente a estas cuestiones. Había otras urgencias. Pero, con todo, quienes dentro de tales sectores miraban y aspiraban a un futuro distinto daban por sentada, aunque fuera de una forma intuitiva y sin mayores reflexiones, la necesidad de otro tipo de juez.

En este momento, a más de treinta y cinco años de distancia, cuando camino ya por el último tramo de mi peripecia profesional, puedo decir que el tratamiento del asunto que aquí interesa, en las ocasiones, pocas, en que se da, sigue discurrendo de la misma manera esencialmente intuitiva y aproximativa. Con lo que el añoso tema continúa estando huérfano de la reflexión articulada, interdisciplinar y a muchas voces que su delicadeza e importancia reclaman.

Las carencias de entonces eran fácilmente comprensibles y tenían una cierta justificación. En efecto, era claro: el sistema heredado de articulación judicial, gobernada por el ejecutivo, había demostrado ser funcional a ejercicios de carácter autoritario de la jurisdicción y, en tal sentido, el franquismo, como argumento, aportaba una explicación razonable y *bastante* del estado de cosas, en la que,

por lo general, se detenían todos los intentos de clarificación.

El problema se plantea ahora, cuando no se ha avanzado nada en lo relativo al procedimiento de selección. Porque el razonamiento es bien simple: si el que está en uso fue tan funcional como la historia reciente demuestra a las necesidades en tema de modelo de juez del régimen dictatorial, qué es lo que explica que pueda continuar en vigor. ¿O es que el de la jurisdicción es un sector de la institucionalidad y las prácticas estatales inmune o indiferente a las características del entorno y al tiempo político? ¿Podría ser funcional a la democracia constitucional un sistema de tan demostrada eficacia para producir-reproducir en serie el tipo de juez, cultural y políticamente predisuesto a la subalternidad, que con tanta *naturalidad* ejecutó la política judicial de la dictadura franquista y de otras dictaduras?

Se me ocurre un intento de explicación políticamente incómoda, pero que creo abonada por la experiencia de estos años, en el nuestro y en otros países del entorno, como Italia o Francia, por poner sólo dos ejemplos cercanos. Me refiero a la bien constatable existencia de una actitud transversal en las distintas mayorías políticas en relación con la administración de justicia. Actitud cuyos ras-

gos caracterizadores, en apretada síntesis, podrían ser los siguientes: Una conflictiva relación con el principio de legalidad, y la marcada tendencia a mantener algunas de sus prácticas (de financiación, por ejemplo), llana y simplemente al margen de la ley, incluso dentro del Código Penal (así, como suena). Esta actitud frente a la legalidad no podría por menos de tener continuidad lineal en su comportamiento con/frente a la jurisdicción, al fin y al cabo, órgano de aquélla. Por la misma razón, es también registrable en esas formaciones políticas una mala, malísima, aceptación de la independencia judicial como valor. Sintomáticamente defendido-instrumentalizado cuando se está en posiciones de oposición; pues es bien sabido que se presta a una eficaz utilización en estrategias de desgaste del enemigo político. En coherencia con lo expuesto, es advertible una universal renuncia a profundizar y desarrollar con alguna coherencia la opción constitucional en lo relativo al modelo de juez, materia, en la que, en cambio, son habituales y bien visibles las intervenciones de política legislativa, incluso de política *tour court* generalmente “a la baja”.

No obstante, en las actitudes a que me refiero, al menos en el caso de España, concurre un interesante matiz. Y es que, sobre todo, en el momento constituyente y al inicio

de la transición, la derecha reivindicó siempre, sin ambages, salvo algún retoque puramente cosmético, el mantenimiento básico del *statu quo* judicial heredado. Mientras, la izquierda, la socialista en particular, resultó ser intensamente beligerante en este asunto, encabezando (desde la oposición) una verdadera cruzada por la independencia de los jueces, de un radicalismo judicialista que llegó a desbordar incluso al de los sectores más beligerantes de la magistratura en los momentos más conflictivos. Pienso, por ejemplo, en la propuesta de práctica eliminación del Ministerio de Justicia, una vez instituido el Consejo General del Poder Judicial, mantenida por exponentes tan caracterizados como Peces Barba o Ledesma Bartret.

Claro que, también hay que decirlo, estas posiciones se trocaron por las justamente opuestas en el minuto siguiente al acceso al poder de la nueva mayoría socialista, salida de las urnas de 1982. De hecho, la reforma (en cierta medida *contra*-reforma) judicial de la Ley Orgánica de 1985 careció de otro objetivo que, el inconfesado, de facilitar a cortísimo plazo el control de la judicatura por el vértice, dejando prácticamente intocada en los aspectos fundamentales la estructura judicial heredada. Que, expresivamente, siguió albergando el inconstitucional juez de instrucción con funciones de enjuiciamiento. Dato éste en el

que se manifiesta de la forma más elocuente la ínfima calidad de la cultura jurisdiccional subyacente.

A partir de estos antecedentes, podrá entenderse que en lo tocante a la selección de jueces, ninguno de los sucesivos Consejos, sin que importe el perfil de la mayoría dominante, haya hecho alguna aportación valorable. Y lo mismo cabe decir de los sucesivos ministerios. Si se exceptúa, que no debe exceptuarse, la, todavía reciente, ocurrencia de Fernández Bermejo, puro fruto de la improvisación, cuya falta de madurez y de presupuestos de reflexión la convirtieron en una simple *boutade*. Con el efecto indeseable de reforzar la posición de los epígonos del sistema de oposiciones *a palo seco*, que hallaron en ella un buen argumento para reprochar frivolidad a cualesquiera críticas a un sistema tan consolidado y que sólo suscitaba cuestionamientos tan inconsistentes.

Tampoco la Academia ha brillado por sus aportaciones al respecto. Más bien se ha sumado a la universal indiferencia reinante. Aunque cabría atribuirle, incluso, cierta relevante contribución activa, la consistente en producir masivamente los *pre-opositores* necesarios, como algunas veces se ha dicho.

Lo cierto es, pues, que la oposición sigue siendo el eje del modelo judicial vigente, en lo que a la selección se refiere. Aunque este aserto tiene algo de reductivo de la significación y trascendencia de la misma para la economía del sistema. Algo evidente, si se considera que el procedimiento (al fin y al cabo, también con algo de *sacramental*) «imprime carácter» y sus efectos se perpetúan en una medida inevitable en el perfil cultural y las actitudes del opositor que ha llegado a ser juez, a lo largo de todo su desempeño profesional.

Y al hablar de permanencia de las oposiciones hay que decir que se trata de éstas en su modalidad más tradicional y genuina. La que sigue teniendo la mejor descripción en los términos empleados hace más de 60 años por Oliet y Serena. Para ellos: «La oposición es sustancial e inevitablemente por tanto, la ejecución en el acto del examen de los ‘discos’ previamente impresionados en el cerebro del opositor con arreglo al programa».

Con todo, es necesario señalar que aquélla tuvo también sus críticos. El de más calado, Beceña, que en su clásica obra, *Magistratura y justicia*, ponía en cuestión que fueran realmente un medio idóneo para preparar al personal judicial; señalando que a lo sumo sería el menos inadecuado (si se piensa en las modalidades de nombramiento discrecional,

es decir, directamente político de épocas precedentes); y que, en cualquier caso es lo cierto que dejaría sin resolver el problema de la formación.

Así, resulta que, hoy como ayer, los jueces españoles son seleccionados mediante un procedimiento que impone la asimilación acrítica de un conjunto de nociones estereotipadas, *sub specie* de «contestaciones»; redactadas *ad hoc* para favorecer ese peculiar aprendizaje, mediante un refrito infracultural de los manuales al uso, que todavía habría que *aligerar*. Y, todo, con vistas a la realización de un examen que consiste en la reproducción memorística de aquellas nociones y, preferentemente, del articulado de las distintas leyes, en una exposición a ritmo de esprint (regida por el cronómetro, para que nada falte), que los miembros del tribunal, en su mayoría, siguen *ad pedem literam* sobre los textos normativos de referencia.

No debe, pues, extrañar que en los medios de *la preparación* circule un dicho la mar de expresivo, dirigido al *aspirante*: «Ahora a estudiar, que de pensar ya tendrás tiempo».

Cabe decir sin exageración que, en efecto, este *topos* resume la esencia del antimodelo, cuya efecto inmediato es procurar la adquisición del infra-conocimiento mecanizado de

un cierto derecho; que lleva implícita, en virtud de su propia naturaleza y de la del mismo aprendizaje, una vocación de aplicación mimética, por parte de jueces dispensadores mecánicos de «soluciones» pre-dadas; adquiridas con el hábito de *no usar de la cabeza* más que la memoria (*el resto* quedaría para *después*); y dotados de una, al fin, connatural predisposición al conformismo y la rutina.

Conviene subrayar que en lo que acaba de decirse no hay nada de excesivo o de impropio, porque el carácter desproblematizado de las categorías jurídicas objeto de asimilación, y la modalidad de ésta, vienen impuestos por el tipo de examen (un recitado de temas en tiempo record), que, en efecto, impide pensar en lo que se dice, pues de otro modo resultaría imposible hacerlo en los minutos previstos.

La evidencia de que, en realidad, así es, porque así funciona el sistema, pone sobre la mesa dos preguntas. Pensar: *¿cuándo?* Y, sobre todo: *¿a partir de qué presupuestos?*. Tanto en materia de hábitos intelectuales como de contenidos jurídico-culturales.

Según hizo notar, también, Becuña, en una observación que hoy sigue siendo válida, las oposiciones se justifican no por las virtudes propias, sino por los defectos ajenos, es decir,

por los de la ya aludida histórica alternativa de la ministerial designación a dedo, que los más celosos partidarios de aquéllas siguen presentando como la única realmente posible, en sus habituales diatribas contra el «cuarto turno».

El sistema, por tanto, permanece en sus constantes estructurales; y también en su aparato de justificación ideológica, que se resume en esa idea del mal menor. En que el mismo –se dice– garantiza la objetividad de la selección, además, *forma*, y, en cualquier caso, su único defecto sería que lo hace sólo *teóricamente*, de manera que bastaría con incorporar la dimensión práctica para llegar a la *perfección*.

El *modelo* no tiene nada de nada inocente, como bien demuestra su proyección histórica. La que lo acredita como funcional a la producción seriada de un juez *fonográfico*, fácilmente heterogobernable, asimilador acrítico de un cuestionable *derecho* entendido como compendio de planas nociones predigeridas. El bagaje propio de un nada ideal dispensador tendencialmente mecánico de soluciones catalogadas, a partir de unos presupuestos culturales, incluso de cultura jurídica, de extraordinaria pobreza, efecto necesario de ese patético *estudiar sin pensar*, integrado con la ideología corporativa suministrada por el preparador, entre tema y tema.

En la aludida lógica del modelo, que es también el punto de vista tradicional de sus epígonos, la oposición basta, por lo que aporta, incluida la «unción carismática, el indispensable y santo orgullo...», al que se refería De Miguel Garcilópez, magistrado de conocida ideología ultraderechista, director durante muchos años de la Escuela Judicial del franquismo y presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, encendido rapsoda de las excelencias del sistema. En efecto, excelente, como reproductor de los jueces apropiados a aquel contexto.

Es lo más coherente que esta concepción del régimen de selección basado en las oposiciones conlleve, a su vez, una concepción minimalista de la Escuela como vehículo de formación inicial. Al ser la oposición la que realmente *forma*, no hay espacio que aquella pueda ocupar. En todo caso, la misma sería un simple lugar de *confirmación*, sin más cometido que procurar la transmisión y el aprendizaje de algunas rutinas burocráticas; y de ciertos saberes «de arte menor», poco más que fórmulas propias de la cortesía institucional.

El resultado así producido, se concreta en un bagaje fruto de la confluencia de tres líneas de *formación*, que son las que, al fin, acabarán integrándose en una eficaz relación de complementariedad. La primera (el fruto in-

mediato de la asimilación memorística del programa de oposiciones) es la constituida por una infra-teoría sin práctica. La segunda resulta ser una práctica burocrática sin teoría. La tercera, la *iniciación* en los valores propios cierta subcultura del rol, con patentes resabios *ancien regime*, a cargo del preparador.

Como es de advertir, el Estado opera por delegación en la corporación judicial, con un criterio que justifica sobradamente el uso del calificativo «estamental» de empleo frecuente por los propios implicados, para denotar el complejo cultural-institucional resultante, su propio entorno.

Pero lo cierto es que el sistema de oposiciones arroja el fruto de un auténtico déficit de verdadera *formación*, ya incluso en el plano técnico-jurídico, al tiempo que propicia un serio coeficiente de *deformación*. De otra parte, encierra en su desarrollo notables márgenes de aleatoriedad, otorgando un amplio protagonismo al azar, como, con buen soporte empírico, ha subrayado Bagües. A lo que hay que añadir los ingentes costes humanos que provoca, en muchos casos de difícil superación.

Entre nosotros, la, por tradición, pobre, más bien pobrísima experiencia de la Escuela

Judicial, conoció durante algunos años, a partir de 1997, una etapa –la pilotada por Carlos Gómez– en la que se puso en práctica un proyecto formativo ciertamente interesante y fuertemente innovador. Éste se nutría, entre otras, de las ricas aportaciones de la dilatada ejecutoria de la francesa Escuela de Burdeos, y, muy en particular, de la idea, clara, de que, subsistente el sistema de oposiciones, correspondería al centro, no una simple función de complemento adicional de un supuestamente válido bagaje formativo de partida, sino todo un esfuerzo sistemático de compensación de las ya aludidas deficiencias formativas, en el orden teórico, en la perspectiva del tratamiento y resolución de casos y en lo que hace a la formación en los valores constitucionales de la jurisdicción. Se entendía también que ese esfuerzo debería hallar prolongación en otro reflexivamente dirigido a revertir con eficacia las actitudes de ese opositor, adiestrado en el tremendo ejercicio de reservarse para *pensar*, incluso el derecho, sólo en ese hipotético *después*, ya aludido.

En el marco de este proyecto esquemáticamente apuntado, la Escuela adquiriría verdadera sustantividad y relevancia como momento de formación. Y, consecuentemente, rompiendo con la dinámica tradicional de mantenimiento a ultranza del orden de puntuación resultante del examen, abría la puerta a la

posibilidad, por demás razonable, de que, a tenor de la centralidad del papel jugado por aquélla, ese *ranking* inicial pudiera verse modificado –en tanto que resultado únicamente de uno de los segmentos del total proceso de formación inicial a considerar– en razón de la calidad del aprovechamiento y del nivel de conocimientos ahora demostrados.

La aludida posibilidad, objeto de un prudentísimo uso, se materializó sólo en algún caso, habría que decir caso extremo, y de manera razonada, con amplio consenso, si no unanimidad del claustro, generando un ilustrativo conflicto. Primero, en el marco del alumnado, al fin, todavía esencialmente producto del sistema de oposiciones; y, también, en el propio Consejo y con el vértice de la conservadora asociación mayoritaria, en coherencia con la mala aceptación del protagonismo de la Escuela, con su implícito cuestionamiento del régimen de oposiciones, en ese ámbito.

La aludida confrontación, con la Escuela como motivo y como terreno de conflicto, tuvo una singular escenificación en el Consejo General del Poder Judicial al inicio de su penúltimo mandato, marcado por una expresiva beligerancia contra lo que el centro de formación inicial había significado en la etapa aludida. Las hostilidades llegaron al extremo

de que el gobierno del Partido Popular dejó en el *dique seco*, es decir, sin destino inmediato, a toda una promoción de jueces, al incumplir las previsiones en la materia, que, obviamente, habrían tenido que ser tomadas en cuenta al realizar la convocatoria correspondiente.

En apariencia, el mencionado podría interpretarse como uno de esos conflictos propios del marco judicial de estos años, tan ilustrativos de la indeseable politización como del escaso sentido institucional del propio rol, de sus gestores. Pero lo cierto es que, aún con esto, y más allá de la anécdota, lo realmente producido es una confrontación de fondo entre dos modelos: el histórico-actual, que gira en torno a la oposición; y el alternativo, realmente por definir, pero que tendría que articularse a partir de un examen sensato de ingreso a la Escuela Judicial, destinado a medir las aptitudes que cuentan; y de la atribución a la misma de un papel central, combinado con un periodo, no breve, de instrucción práctica. Una opción ésta que nadie defiende, ni siquiera en los medios de la izquierda política cuya pobre ejecutoria en el asunto está bien a la vista; más allá de las apariencias y de alguna declaración ocasional, que a tenor de la carencia de auténticos esfuerzos, e incluso de reflexión al respecto, habría buenas razones para calificar de oportunista.

Se sabe, o debería saberse, que la formación del juez no es una mera cuestión de destrezas, no equivale al simple aprender *un oficio*. La jurisdicción hoy es una función connotada por un alto nivel de complejidad, pues sobre ella vierten problemáticas demandas sociales inéditas, con frecuencia contradictorias; dotadas no raramente de particular dificultad, incluso de abierta novedad en el plano jurídico; y, a veces de extraordinaria densidad política. Con el resultado de dar lugar a un trabajo no fácil que, con alta probabilidad, deberá ejercerse bajo la intensa presión de distintos agentes políticos y sociales y de los *media**; todos, por lo general, muy

* La presencia de los medios de comunicación con su incidencia en el marco y en el quehacer judicial, no es un simple factor añadido; sino un potente elemento de transformación del primero. En efecto, pues penetra de forma capilar en todos sus planos, con resultados, muchas veces, demoledores. Potencia, en términos incontables, el efecto preventivamente penalizador de las denuncias, convirtiéndolas, mediante la hiperpublicidad, en verdaderas condenas. En el caso de la televisión, distorsiona profundamente el espacio escénico del enjuiciamiento, en esas salas convertidas en platós, con patente falta de sensatez; que, además, estimulan a los juzgadores a un protagonismo activista tan *cinematográfico* como poco judicial. Cuando la *notitia criminis* es la propia noticia, con origen en el *dossier* a disposición de algún medio que lo *administra* a su conveniencia, reduce a la jurisdicción a un lamentable papel ancilar, en claro perjuicio de la autonomía y la calidad de su función. En fin, la publicidad mediática —como ha hecho ver el

poco o nada respetuosos con los valores en juego, en particular el de independencia. La consecuencia es que el t3pico del «caso dif3cil» no es una hip3tesis acad3mica, sino m3s bien una constante de esa *normalidad* en acto.

La interpretaci3n judicial del derecho, bien caracterizada como «operativa» por Ferrajoli, es una labor de mediaci3n que, puede decirse, discurre en dos planos. Uno es el de la relaci3n del caso con el referente legal. Otro es el del conflicto subyacente, que debe ser resuelto mediante la actuaci3n en ese otro nivel, a la vez normativo y emp3rico. Pero la mediaci3n judicial hoy obliga a tomar en consideraci3n m3s elementos y m3s tensionados. En efecto, internamente, el ordenamiento es en la actualidad particularmente complejo e incluso conflictivo; y no pocas veces lagunoso e insuficiente. Mientras, la realidad con la que tiene que *medirse* puede no

Consejo consultivo de los jueces europeos, del Consejo de Europa— propicia oscuros ejercicios de *do ut des*, en el que jueces irresponsables, malos profesionales, *filtran* datos de fuente procesal a cambio de un trato que les beneficia en el terreno de la *imagen*. Este c3mulo de circunstancias, que est3 lejos de agotar la materia, hace ver con claridad bastante que la relaci3n con los *media*, al contrario de lo que realmente sucede, tendr3a que ser abordada en los planes de formaci3n (de formaci3n inicial, sobre todo) de los jueces, por su impresionante trascendencia, y no ser abandonada a su propia din3mica, como actualmente lo est3.

ser en absoluto pacífica y presentar aspectos y perfiles de especial novedad, discurrendo, en ocasiones, en régimen de auténtica anomia. De otro lado, el juez ha dejado de tener como únicos interlocutores a las propias partes, que, por paradójico que resulte, hay supuestos en los que no son ni siquiera los principales *actores* reales del conflicto sometido a la consideración judicial.

En estas condiciones, no es discutible que el juez tendría que estar dotado de una formación cultural media-alta; de una imprescindible madurez en materia de actitudes, y de buena instalación en la realidad; con algunas destrezas de orden social, como cierta capacidad para moverse y manejar situaciones de conflicto, y para desenvolverse en contextos abiertos a las aludidas interferencias interesadas procedentes de distintos medios y de los *media*.

Pero lo lamentablemente cierto es que el juez estándar adolece de una formación jurídica tributaria de una concepción que no se corresponde con el modo de ser actual del derecho. En el plano procesal su bagaje está bastante más orientado a la adquisición de soltura en el manejo del trámite *-del papel-* que a la comprensión del proceso decisional y al rigor en la elaboración de las decisiones. El déficit de formación epistémica es casi total.

Y la relevante cuestión de las destrezas sociales es algo que ni se plantea como asunto de alguna relevancia en el plano formativo y queda, pues, librada, a la iniciativa individual, supuesto que el interesado pueda contar con alguna conciencia al respecto.

Este conjunto de carencias tiene a su vez proyección en un perfil de juez, a mi entender bastante difundido, connotado por cierta inclinación a la prepotencia autodefensiva, con frecuencia efecto de la inseguridad, producto de la falta de esas habilidades sociales a las que he aludido. También por el hermetismo, con traducción en el lenguaje burocratizado en extremo, en la opacidad de las resoluciones, en las dificultades para la comunicación que exige el propio ejercicio de la jurisdicción, de forma emblemática, en el juicio oral. En fin, por la propensión al decisionismo y a la creación de distancias marcadas por el rigorismo superfluo, verdadero obstáculo a la fluidez y la flexibilidad en las relaciones intraprocesales, que necesariamente requiere un buen ejercicio de la jurisdicción en régimen de contradictorio.

No me parece nada aventurado establecer un nexo causa/efecto entre este resultado y los antecedentes *formativos* a los que he venido refiriéndome. Porque éstos –por acción y por omisión– tienen un papel esencial, como esen-

ciales son las actitudes político-culturales, sobre todo, cuando se trata de la prestación de funciones con tanta presencia de cuestiones valorativas. Dimensión ésta del asunto histórica y actualmente banalizada, también de una forma nada inocente, por la vía del tópico, cínico y evasivo, del *apoliticismo*. Un mero expediente de ocultación de aspectos de la personalidad y del bagaje del juez, nunca banales, y, en ocasiones, de especial relevancia a los efectos de una determinada decisión. Más cuando sobre este asunto se cierne el riesgo de que, a fuerza de proclamar hacia afuera la supuesta propia neutralidad, el juez acabe por creer que ésta se da realmente en su caso y renuncie a la fuerte tensión autocrítica que demanda el ejercicio equilibrado del cometido judicial en una sociedad fuertemente connotada por el pluralismo, sobre todo en asuntos de intensa impregnación ideológica (de raíz religiosa, política, etc.).

La falacia del apoliticismo tiene hoy un claro desmentido en la relevancia constitucionalmente atribuida al pluralismo político-cultural, como valor, también entre los jueces, a través del principio del juez natural. En efecto, pues éste expresa un positivo reconocimiento de las legítimas diversidades político-culturales de esa índole; también de su inevitable proyección, en algún grado, en el desarrollo de la función jurisdiccional; que es por

lo que, mediante el dispositivo institucional de la predeterminación legal, se busca obtener una distribución de tales diferencias, tan aleatoria y objetiva como fuera posible. Pues aquí no cabe engaño, y es que las mismas, ya que tiñen, en mayor o menor medida, el trabajo del juez, tienen una relevancia, pudiera decirse, *para-normativa*. Que se manifiesta –conviene insistir– de la manera más intensa, cuando acceden a la mediación judicial cuestiones socialmente conflictivas, más aún si son de esas que fracturan netamente a la opinión y que, por las razones que sea, no han sido afrontadas con decisión en el plano legislativo.

En cualquier caso, y sin necesidad de ponerse en esa clase de situaciones con algo de extremas, es obvio que, en el que pudiera decirse ordinario y normal desempeño de la jurisdicción, concurre una discrecionalidad inevitable en el tratamiento de la *quaestio facti*. Como concurre el que Ferrajoli llama «poder de disposición» en la aplicación del derecho. Y, siendo así, resulta patente que la cuestión de la formación cultural de los jueces, por su trascendencia práctica, no puede reducirse dentro de los límites de lo que se diría *cuadrar* un simple plan de estudios.

También de esto se trata, pero antes de desembocar en esa dimensión más instrumen-

tal del asunto, es forzoso preguntarse con carácter previo qué clase de jurisdicción y, consecuentemente, de juez son los que se quieren; y si existe verdadera disposición a partir de y a desarrollar coherentemente y en profundidad el diseño constitucional en la materia. Algo que entre nosotros, francamente, está por demostrar, cuando la evidencia es que existe una verdadera apuesta, un consenso implícito pero claro, en la asunción del (anti)modelo heredado, por parte de las dos fuerzas políticas mayoritarias, que en esto han demostrado un acentuado consenso más allá de las diferencias... de discurso.

En efecto, ambas han contado con la posibilidad de optar sin reservas por el modelo constitucional y con posibilidades también de desarrollarlo a fondo. Una apuesta que, de haber concurrido la necesaria voluntad al respecto, habría dejado, siquiera, indicios claros en la política legislativa y en las actitudes asimismo políticas en relación, sobre todo, con concretos ejercicios de la jurisdicción, en particular los que deparan alguna incomodidad. Pero ni hay ni ha habido nada de esto.

La Constitución de 1978, a tenor del cuadro de principios relativos a la jurisdicción y a las garantías que contiene, prefigura un modelo de juez. Dicho esquemáticamente, a

ese juez, como resultado, habría que llegar, en primer término, a través de un proceso de selección, abierto, como de hecho lo está, a cualquier ciudadano en el que se dieran determinadas condiciones. En el orden más general, condiciones de cultura media-alta, de equilibrio emocional, de un mínimo de destrezas sociales y buena inserción en la vida de relación. En el plano más específico de la cultura del rol, el juez debería ser un jurista competente, hoy no sólo *de derecho interno*, y conocedor del orden jurídico en su modo de ser real actual, sobre el que tendría que contar con suficiente formación teórica y también con la necesaria agilidad en la aplicación del mismo a casos.

Dado que ésta requiere un buen conocimiento de las situaciones fácticas, por definición conflictivas, que acceden al proceso, y que se adquiere mediante la inducción probatoria, el ejercicio adecuado de la función reclama también cierta formación de carácter epistémico. Es obvio que el juez no tiene por qué ser un epistemólogo, pero si contar con un saber básico acerca de los recursos de esa índole de los que debe servirse, que le permita hacer de ellos una correcta aplicación.

Es imprescindible que el juez esté asimismo dotado de una buena comprensión del carácter de la función que ha de desempeñar.

Esto no sería posible sin una afinada percepción del papel constitucional de la jurisdicción; sin un fuerte sentido –militante, diríase de la independencia; sin una idea clara de que ésta, como la imparcialidad, no van *de soi*. Muy al contrario, pues practicarlas con rigor exige una conciencia muy alerta y bien culturalmente informada del carácter fuertemente condicionante, en sentido negativo, para una y otra, de toda una serie de factores de carácter político-social e institucional que pueblan el universo del juez. Por ejemplo, tienen particular relieve los que se derivan, sin ir más lejos, del propio modo de articulación de la organización judicial en *carrera*, cuando el régimen de promociones dentro de ésta, como tantas veces sucede, resulta administrado con criterios ajenos a los de mérito y capacidad, cuando la política de nombramientos está tan lamentablemente abierta al tráfico de distintas, indeseables, influencias. Así resulta que el *bacilo* del «carrerismo» (con expresión en la subcultural pasión por los grados, honores, medallas y otra *quincalla* corporativa) –como lúcidamente puso de manifiesto Calamandrei hace ya más de medio siglo– contamina con facilidad las actitudes de los jueces. Con lamentable frecuencia, dispuestos a anteponer a cualquier otra consideración sus aspiraciones de ascenso en el *cursus honorum*, que les hacen permeables a perniciosas formas de condicionamiento de

sus expectativas, de efectos demoledores. Frente a éstos, no cabe engañarse, el único *detente* eficaz es de carácter cultural, y concurre cuando –como escribió con agudeza insuperable Borré– el juez está profundamente impregnado, no sólo de un fuerte sentido de obediencia a la ley, sino también de una inclinación no menos fuerte a la *desobediencia* a todo lo que no es la ley. En particular, a las sugerencias de los centros de poder, y, muy especialmente, de los más próximos. En este caso, es lamentable tener que decirlo, del Consejo General del Poder Judicial, tan indeseablemente politizado, y, por eso, fuente de tan patógenos efectos en el plano de la independencia.

Esta dimensión cultural es de una importancia muy superior a la que habitualmente se le concede en el discurso sobre la formación judicial. De una importancia equivalente a la que juega de manera soterrada en la práctica, en la que actúa de modo subrepticio pero sumamente eficaz, como corresponde a las pautas de conducta que se difunden y reciben por vía preferentemente subliminal, que están implícitas en los roles profesionales convencionalmente asumidos, e inscritas en las rutinas burocráticas, tan férreamente instaladas en instituciones como la judicial y en sus formas de actuación.

En funciones de tanta implicación personal como la judicial, con todo lo que esto supone, los presupuestos culturales, en general, y de cultura del rol, en particular, a partir de los que se ejercen, tienen una importancia fundamental, porque operan *desde atrás y desde dentro*, como parte de la conciencia, de la pre-conciencia, incluso, del propio profesional. Por eso es tan importante que sean explícitamente afrontados, sometidos a discusión, objeto de permanente debate.

Pues bien, no hace falta decir que, en el vigente sistema de selección-formación, de esto no hay nada, ni siquiera en germen, y que lo que realmente prevalece es justo lo contrario, que es en lo que el régimen de oposiciones ha demostrado una terrible eficacia. Ya se ha visto que no forma, desde luego no lo hace satisfactoriamente, en derecho; mientras seguramente deforma en materia de actitudes y hasta de aptitudes (sobre todo las que, de momento, no se ejercitan, porque deben quedar para *luego*).

Salta a la vista, pues, que diseñar un modelo de juez de fuerte inspiración constitucional no es nada sencillo, porque no lo es la propia función, tal como constitucionalmente se la concibe, y va mucho más allá de proyectar un programa y un modelo de examen, en contra de lo que habitualmente se piensa, cuando se

piensa en ello como problema. Además, por si esto fuera poco, hay una cuestión sobreañadida, que se proyecta, también problemáticamente, sobre el conjunto: es que habría que pensar y tampoco se ha pensado en cómo seleccionar-formar a los seleccionadores-formadores de jueces. Otro asunto nada baladí.

INDICACIONES BIBLIOGRÁFICAS

P. Andrés Ibáñez, *El 'velo' de la justicia*, ahora en P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

— *Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos judiciales*, ahora en P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, cit.

M. Atienza, *Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho*, ahora en M. Atienza, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001.

M. F. Bagüés, *Las oposiciones: análisis estadístico*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», n° 59, julio/2007.

F. Beceña, *Magistratura y justicia*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

G. Borrè, *Le scelte di Magistratura Democratica*, ahora en L. Pepino (ed.), *L'eresia di Magistratura Democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milano, 2001.

P. Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, EJEA, Buenos Aires, 1960.

A. De Miguel Garcilópez, *Ley penal y Ministerio Público en el Estado de derecho*, «Anuario de Derecho Penal», 1963.

C. Gómez Martínez, *propuesta de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», n° 63, noviembre/2008.

J. Hernández, *Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», n° 63, noviembre/2008.

Jueces para la Democracia, *Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de formación inicial y continuada*, Fundación Antonio Carrero, Madrid, 2008.

B. Oliet y C. Serena, *Apuntes sobre organización de los tribunales españoles*, Imprenta Provincial, Huesca, 1948.

A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*,
trad. de G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires,
²1970.

JORGE F. MALEM SEÑA. Es Catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Ha publicado diversos libros, entre los que conviene mencionar: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona: Ariel 1998; *Estudios de ética jurídica*. México: Fontamara, 1996; *La corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2002; *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008. Y ha publicado también numerosos artículos de su especialidad.

FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS. Es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco. Su actividad investigadora ha estado dedicada sobre todo al estudio teórico y empírico de la aplicación judicial del Derecho y la argumentación jurídica, ámbito en el que destacan sus libros «*La argumentación en la justicia constitucional española*» (1987, México 2006, Bogotá 2009), «*La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*» (2006) y «*La motivación de las decisiones interpretativas electorales*» (2009).

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ. Es Magistrado del Tribunal Supremo, autor de varios libros y múltiples trabajos sobre cuestiones propias de la jurisdicción. Director de la revista «*Jueces para la Democracia. Información y debate*».

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. Ian Shapiro, Pablo de Lora Deltoro y Carmen Tomás-Valiente Lanuza: *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez: *El error judicial. La formación de los jueces*