

No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España)

Por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

«Hablamos de los jueces para no hablar de nosotros mismos».

G. ZAGREBELSKY¹

El Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky, no es un libro que –leído hoy en España– pueda suscitar indiferencia en el lector. Antes al contrario, tanto por la calidad de los problemas que aborda como por la forma en que lo hace, está destinado a ser polémico. En efecto, lo es ya desde su atípica *mise en scene* que incorpora, junto al texto, un epílogo encendido y discutidor.

No estoy en condiciones de pronunciarme sobre los quilates del positivismo de Zagrebelsky, si es o no *del bueno*; pero diré que el suyo me parece un libro que, tras un correcto diagnóstico de la realidad actual del derecho, convoca de la manera más eficaz al rigor en el uso de los instrumentos jurídicos, tomados como ahora son. Es también un libro del que se desprende una luminosa caracterización del modo de operar que tal derecho impone al juez, y una fuerte demanda de renovada e imaginativa atención a los elementos configuradores de la (en gran parte) nueva realidad profesional de éste, que tendría que ser atendida –como se pide– por una adecuada política de las reformas en la materia.

¹ G. ZAGREBELSKY, «I diritti fondamentali oggi», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 1/1992, p. 201.

Por otro lado, cuando identifica los rasgos de cierta cultura jurídica y denuncia en ella el contrapunto inadmisibles de la que hoy reclama el vigente Estado constitucional de derecho, a mi juicio, no resucita ningún fantasma del pasado para propiciar un fácil enfrentamiento, sino que contribuye con la misma eficacia a desmontar un universo de tópicos que lamentablemente ha gozado y goza hasta la fecha de bastante buena salud en un amplio sector de los operadores jurídicos. Desde luego, en el ámbito de la jurisdicción; pero mucho me temo que no solo.

Esa operación, en general, necesaria por razones de puro rigor conceptual, se presenta en nuestro país con un plus de necesidad en la medida que mucho de la desazón o el malestar objetivamente suscitado por el conjunto de fenómenos que configuran el actual orden jurídico-político, suele atribuirse, en un ejercicio de simplificación, a la (abusiva) ampliación del papel del juez como única causa. Olvidando o no queriendo ver que el desarrollo de ese modelo de juez, en algunos de sus rasgos estructurales más comprensiblemente inquietantes, no responde al capricho ni es fruto de una opción voluntarista de quienes son en este momento sus portadores. Y que, incluso, muchos de los aspectos nada modélicos de algún actuar judicial podrían estar resultando potenciados por la pobreza de un clima cultural, de cultura jurídica y política, que no tiene sus raíces en el palacio de justicia.

El juez a que me refiero no es necesariamente el denostado como «estelar». Tampoco su campo de operaciones tendría por qué ser uno de los muchos procesos «de portada», que, desde hace años, han invadido de manera estable el primer plano de la actualidad informativa. (Aunque es evidente que en esta clase de supuestos algunos de los trazos de los nuevos modos de manifestarse el fenómeno jurisdiccional aparecen de forma expresionista, con una extraordinaria plasticidad.) Y ni siquiera se precisa la emergencia de un «caso crítico», de uno de esos supuestos de frontera que interpelan dramáticamente al ordenamiento y al juez, para que el primero se manifieste, con toda la exuberancia, tal como –hoy– es.

El espacio judicial es, pues, en la actualidad aquel en el que con mayor nitidez se hace perceptible la *ductilidad* del derecho. Porque, en efecto, el *derecho dúctil* comparece a diario en la práctica de los juzgados, incluso en asuntos de escasísima relevancia mediática y en marcos procesales de lo más *normal*. No quiere esto decir que sea siempre, ni siquiera en la mayoría de los supuestos, reconocido como tal; y ello tanto por defecto de óptica como por razón de actitud e incluso de aptitudes de quienes operan con él. Pero la constatación de esa presencia está al alcance de un mediano esfuerzo de comprensión de algunos datos.

Veámoslo si no en un terreno poco proclive, en principio, a fluorescencias y originalidades de cualquier género: el de los contratos bancarios y de financiación y su cauce procesal privilegiado, el terrible juicio ejecutivo.

Como es bien sabido por quien tenga la experiencia de usuario de esa clase de servicios, los trámites mediante los que se instrumentan están,

como regla, tradicional y fuertemente aquejados de defectos de transparencia acerca de algunos aspectos relevantes e incluso de la trascendencia global en términos de costes de las propias operaciones y, de manera especial, en lo que se refiere a las drásticas y onerosas consecuencias finales de un eventual incumplimiento, por la inclusión de algunas cláusulas de difícil lectura y de más difícil contextualización.

Por otra parte, y como tampoco se ignora, el tipo de actividades de referencia se da en un campo de las relaciones mercantiles dominado por sujetos extraordinariamente fuertes, que, por lo general, tienen como contraparte a sujetos en posiciones extremadamente débiles. En él, donde el contrato de adhesión es la regla, prevalece una serie de rutinas que se expresan en cláusulas nunca cuestionadas en su validez, que han llegado a adquirir el más consistente vigor normativo.

Como prolongación *adjetiva* de este estado de cosas, se presenta una idea de la justicia civil de fuerte impregnación liberal, en la que el proceso no tendría más finalidad que posibilitar la libre confrontación de partes en el ejercicio de sus respectivas e iguales autonomías, a cuyo desenvolvimiento se trata de dar continuidad en otro plano. Este juego debe ser propiciado por un juez, árbitro externo de la contienda, ajeno a cualquier tentación de profundizar en el conocimiento de las pretensiones enfrentadas en su dimensión sustancial e impermeable a eventuales aspiraciones de justicia material.

Semejante concepción del proceso es la presente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885, vigente todavía hoy, si bien en el marco necesariamente redimensionado por la Constitución de 1978. Pues bien, queda fuera de duda que ésta plantea una clara exigencia de sustitución de tal marco procesal. Exigencia de la que el legislador –lamentablemente– no se ha hecho eco en lo más mínimo, después de tantos años. Tampoco, en términos relevantes, la inmensa mayoría de los jueces. Pero algunos sí² y ello les ha llevado a problematizar prácticas –en este caso bancarias– de gran arraigo en ese ámbito de la contratación que se consideran impuestas por o, al menos, compatibles con reglas que venían siendo objeto de interpretaciones pacíficas y no cuestionadas, y que ahora experimentan relecturas *alternativas* al amparo de *principios* constitucionales tan significativos como los de igualdad y el de tutela judicial efectiva.

Pero también el más simple juicio de faltas puede ser hoy escenario de arriesgadas operaciones de ponderación de intereses de relevancia constitucional, en asuntos de notable trascendencia para los implicados en ellos.

² Cfr. al respecto R. SARAZÁ JIMENA, «El pagaré en blanco: la historia interminable», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 18, pp. 63 ss., donde se lleva a cabo un lúcido análisis del uso abusivo de esa figura como instrumento de garantía de operaciones de crédito, por parte de entidades crediticias, y de su aceptación rutinaria en la práctica judicial, no obstante la ilegitimidad e incluso simple ilegalidad de esa práctica. También puede ser de utilidad, para una perspectiva empírica del fenómeno a que se alude en el texto, la consulta de las conclusiones del VI Congreso de Jueces para la Democracia (Logroño, 20-22 junio 1991), sobre «Mercado, jueces y derecho», en el *Boletín informativo de Jueces para la Democracia*, s.f.

Y, cuando estas páginas salgan a la luz, los jueces y tribunales criminales habrán visto potenciarse el ámbito de discrecionalidad de sus decisiones en materia de penas, debido a que el Código Penal de 1995 amplía sensiblemente los márgenes de apreciación para que las mismas puedan imponerse en la «extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», sustituyendo así, en buena parte, la vieja «aritmética punitiva» por el criterio *razonado* del juzgador³.

Hay, en fin, otros campos de actuación en el que se abren perspectivas de extraordinaria relevancia a la intervención judicial, condicionadas por la naturaleza de los intereses en juego y las limitadas posibilidades de una concreta y acabada regulación por el derecho. Es el área de la bioética y de los nuevos perfiles de la *privacy*, en los que la *ductilidad* de aquél viene impuesta *ratione materiae* y, consecuentemente, con ella, como ha señalado Rodotà, una revalorización del «modelo cultural de la jurisdicción en relación con el de la legislación», un modelo regulativo, el primero, en el que el actuar del juez no puede dejar de moverse con inevitable discrecionalidad en un marco de *principios*⁴.

Si, continuando con la experiencia jurisdiccional, desplazamos la atención del plano normativo estricto al de los hechos, advertiremos que en él se ha potenciado en un grado estimable el índice de problematicidad de los supuestos sometidos a la consideración judicial. Así, incluso en medios no urbanos, es fácil encontrar juzgados o tribunales que tienen sobre la mesa algunos asuntos de esos que rompen la *normalidad*, de los que dan fe de la forma más gráfica del «carácter “bipolar” de la interpretación»⁵, porque en ellos la realidad hace valer sus fueros como dato complejo y relativamente autónomo dentro de la experiencia jurídica y se resiste a ser tratada de la forma en que habitualmente venía siéndolo, como materia inerte y muda.

Es más, en el orden penal, la neta separación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* tradicionalmente tan respetada en casación, resulta relativizada cada vez con mayor frecuencia, como resultado de la imposibilidad de dejar de lado en esa instancia la dimensión fáctica de muchos casos. Ya por razón de las especiales particularidades de los mismos, o por modificaciones en la sensibilidad de quienes tienen que decidir sobre ellos⁶.

³ No es difícil ver en este hecho un reconocimiento de la imposibilidad de actuar por medio de automatismos legalistas con un fenómeno tan complejo y *extralegalmente* hiperpenalizador como la cárcel actual, que es lo que lleva a dar un paso hacia criterios individualizadores por la atribución al juez de una amplia discrecionalidad, siempre difícil de razonar, puesto que está destinada a operar con datos personales y valores de muy problemática objetivación. Esto, sintomáticamente, en un contexto de política legislativa presidido por la desconfianza hacia el juez.

⁴ Cfr. S. RODOTÀ, «Modelli culturali e orizzonti della bioetica» en S. Rodotà (ed.) *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 422.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, con epílogo de G. PECES-BARBA, Trotta, Madrid, 1995, p. 133.

⁶ Como escribe G. ZAGREBELSKY: «La separación entre juicios de hecho y juicios de derecho y la pretensión (por lo demás desmentida por la práctica) de erradicar los primeros de la actividad del Tribunal de Casación para concentrar ésta sobre la defensa “abstracta” de la ley frente a sus interpretaciones erróneas, son las hoy cada vez menos sostenibles consecuencias de aquella concepción». (En *El Derecho dúctil*, pp. 148-149). Al respecto, puede verse también E. BACIGALUPO, «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal.

Es cierto, que al mismo tiempo, la parte estadísticamente más significativa de la experiencia jurisdiccional se nutre de supuestos estándar que son resueltos mediante la reiteración de tópicos jurisprudenciales más o menos consolidados. Pero esta constatación no debe servir para restar importancia a la trascendencia y significación real de los datos nuevos a que antes he hecho referencia, en su capacidad de inducir transformaciones cualitativamente relevantes en la práctica judicial del derecho.

Aunque la Constitución en lo más noble y exigente de su jerarquía de valores no haya descendido sobre la judicatura en una especie de pentecostés laico capaz de modificar de raíz y de una vez sus actitudes jurídico-culturales; y aunque pudieran no ser tantos en términos porcentuales los jueces que han asumido reflexivamente y en la densidad de sus implicaciones la sustancial novedad del ordenamiento que aplican, cabe afirmar que, *de facto*, se ha producido un cambio significativo en el modo como el juez medio se relaciona con la ley que interpreta para aplicarla. Ello aunque muchas veces —como el burgués de Molière— no sea plenamente consciente de la naturaleza de la situación que protagoniza. Porque ocurre que, como apunta Zagrebelsky, las más de las veces «los jueces continúan cultivando una idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos, válidos, en cuanto tales»⁷. Esto debido a que, a pesar de tantas cosas como pueden haberse movido en el horizonte del derecho, aquéllos —en muchos casos— siguen teniendo una defectuosa percepción del propio papel, debido a que permanecen en gran medida presos de una cultura jurídica que no ha evolucionado al ritmo de su supuesto referente. Es la cultura del positivismo legalista que, si siempre había producido falsa conciencia sobre su objeto, hoy erige un verdadero muro cuando lo que se pretende es comprender, desde o a través de sus dogmas, la auténtica realidad de aquél en su dinamismo.

El resultado de este estado de cosas es ciertamente paradójico, porque se traduce en la gestación de un tipo de juez que habiendo ganado notablemente en desenvoltura en su relación con la ley por diversos motivos⁸, sin embargo, no ha desarrollado contemporáneamente la propia capacidad de (auto) comprensión reflexiva de esa situación, vivida, pues, desde una cierta inconsciencia o defecto de conocimiento.

Efectivamente, no es raro que decisiones propias de un (digamos que modesto) «Hércules» se presenten como la conclusión de un discurso *justificador* formalmente articulado *como si* en realidad hubiera sido linealmente subsuntivo. Hoy no es en absoluto excepcional que el juez opere

Reflexiones sobre un decenio de aplicación del artículo 24.2.º CE», en *Estudios de jurisprudencia*, núm. 1/junio 1992, pp. 52-53.

⁷ En *El Derecho dúctil*, p. 150.

⁸ Esencialmente por la asimilación como dato de la subordinación de la ley a la Constitución y de la consiguiente relativización de la fuerza vinculante de aquélla, sobre todo cuando se trata de ley preconstitucional. Este dato determina, aunque sólo sea intuitivamente, una nueva actitud —en general más libre— del intérprete.

con principios sin conciencia clara de la amplitud real de los márgenes recorridos en la construcción de la resolución, como quien tuviera el convencimiento ingenuo de estar haciéndolo con reglas. Porque —correctamente— persuadido del valor normativo vinculante de aquéllos, carece, sin embargo, de los recursos técnico-culturales adecuados para evaluar en todo su alcance los factores de innovación que introducen en la práctica jurisdiccional.

Tal situación es a mi juicio producto de un serio desfase entre las necesidades de formación que plantea la actual tarea jurisdiccional y la respuesta que éstas reciben a través del vigente régimen de selección de los *nuevos jueces*⁹, que sigue girando en torno al histórico reproductor orgánico del modelo convencional, *el preparador*. Este no sólo no ha sido eficazmente sustituido, sino que ni siquiera encuentra en momentos institucionales posteriores al ingreso en la magistratura un eficaz contrapunto cultural. En efecto, permanecen el tradicional preparador y también el programa tradicional, que si incorpora, como no podía ser de otro modo, contenidos derivados de la vigencia de la Constitución, habitualmente lo hace por simple yuxtaposición al acervo de los saberes heredados, que no tiene en ella, pese a lo que normativamente significa, un factor real de cambio profundo en el plano de la cualidad de las actuaciones profesionales.

Ni que decir tiene que éste tampoco se ha dado en el llamado hasta ahora Centro de Estudios Judiciales, donde la pretendida combinación de la teoría y la práctica se ha agotado, por lo general, en la mera superposición en paralelo de dos planos que raramente se encuentran: el de los *principios sin práctica*, administrado por teóricos, generalmente carentes de *experiencia jurisdiccional*; y el de la *práctica sin principios*, a cargo de jueces, naturalmente formados conforme al paradigma habitual.

Y es que, en efecto, no ha habido ni hay todavía una propuesta que articule ambos niveles, porque tampoco se ha reflexionado con algún rigor, y menos por quienes tendrían el deber institucional de hacerlo, sobre el inevitable nuevo modelo de juez, que en lo que pueda existir ha sido fruto de cierto desarrollo empírico en un lamentable clima de (auto)improvisación.

La política de la justicia producida en estos años no ha sido una política *para* la jurisdicción que el Estado constitucional de derecho reclama. Antes al contrario, se ha caracterizado por la reducción politicista de los problemas emergentes, presidida por el miedo al juez y la obsesión del control. Y en el orden formativo, por la promoción de modos de operar propios de la justicia propugnada por el positivismo dogmático.

En la generalidad de las tomas de posición registradas en estas materias han prevalecido actitudes netamente instrumentales, traducidas en

⁹ Otro tanto puede decirse del régimen de reciclaje de los antiguos, prácticamente inexistente hasta fechas recientes en que se ha iniciado una nueva política de formación, en la que sin embargo no parece estar presente de manera explícita una conciencia clara del problema que aquí se apunta.

medidas legislativas orientadas a producir rentabilidad política inmediata. Y lo mismo ha sucedido con los pronunciamientos críticos a propósito de las decisiones judiciales más polémicas. Dicho en pocas palabras, el grueso del debate sobre las nuevas dimensiones del fenómeno jurisdiccional se ha movido en una línea reductiva de fáciles simplificaciones, en la que al monopolio del discurso y principio de independencia por la derecha judicial y extrajudicial; la izquierda judicial y no judicial apenas ha opuesto otra cosa que una obsesiva y tediosa prédica sobre la necesidad del control político de la magistratura, con fundamento en su supuesta falta de legitimación democrática¹⁰.

Entre tanto ha sido ostensible –salvo casos muy excepcionales– la ausencia de una reflexión serena, de una preocupación productiva orientada a generar una buena cultura constitucional y técnico-jurídica de la jurisdicción, de manera que el juez, en un medio tensionado por las apuntadas dinámicas de signo contrario, ha tenido que hacer frente a una realidad conflictiva, muchas veces imprevisible, y siempre especialmente predisuelta a desbordarse bajo formas explosivas en los juzgados. Todo ello, con un apreciable déficit de formación y comprensión de los rasgos inéditos y las especificidades de su cometido actual, y, además, con extraordinarias dificultades prácticas para hacer efectivo el *iura novit curia* en un marco de legalidad frenética y a veces caóticamente cambiante.

A la negatividad de este panorama ha contribuido –sobre todo por omisión– la cultura académica; en la que también cabría reconocer excepciones, pocas. En ella, más allá de la extensa franja de los indiferentes prácticos, la distribución de papeles ha solido producirse con parecida división de actitudes a la observada en medios políticos: el de la tópica exaltación de la instancia judicial como reducto de esencias constitucionales y el de la denuncia monotemática de un juez sobredimensionado e hiperactivo como peligro¹¹.

Es cierto que de todo eso ha habido y sigue habiendo en nuestra experiencia jurisdiccional. Y es que, en efecto, el juez ha sido y es garante efectivo de derechos, principios y reglas conculcados; como ha sido y es asimismo invasivo e hiperprotagonista. A veces, es cierto, por exigencias

¹⁰ Para percatarse del desierto cultural dominante en la materia bastaría releer las sucesivas comparecencias de los presidentes del Consejo General del Poder Judicial en las cámaras. Ninguna preocupación por las cuestiones de que aquí se trata, mientras que, a partir de 1982, se reitera machaconamente el interés por el ejercicio de la potestad disciplinaria como una suerte de *deus ex machina* para la solución de las dificultades de la justicia. A veces esa preocupación carece de otro referente que un juez que habla por la radio (!). Por cierto, *bestia negra* también de autores de los que cabría esperar una mayor capacidad de identificación de los verdaderos problemas y de los centros de imputación de las evidentes responsabilidades políticas.

¹¹ Valdría la pena tomar como termómetro de las actitudes prodigadas ante los problemas de fondo de la jurisdicción, el grado y la calidad de la preocupación expresados en los medios de la cultura jurídica académica en un asunto tan paradigmático como el *caso Linaza* y el violento atropello de la juez Huerta en su irreprochable aplicación de la ley conforme a principios constitucionales, por parte de la mayoría política socialista. (Me he ocupado de este asunto en «Independencia del juez, pero autonomía de la guardia civil: a propósito del “caso Huerta”, en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Justicial/conflicto*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 206 ss.)

fundadas «del guión». Otras, sin que éste pudiera justificarlo. Pero ésas y otras vicisitudes judiciales, previsibles en las condiciones dadas, no se han visto precedidas de una reflexión teórica orientadora ni acompañadas por un discurso razonablemente crítico y a la vez generador de esos recursos teóricos cuya carencia se ha expresado tantas veces en la precariedad del resultado del trabajo jurisdiccional.

Leída ahora en el contexto que sumariamente acaba de describirse, la obra de Zagrebelsky —en especial el capítulo sobre «Los jueces y el derecho», que es el que, por razones obvias, tiene para mí y aquí más interés— se presenta con una notable eficacia descriptiva¹² en la identificación de los problemas y ofrece a la vez un hilo conductor utilísimo para profundizar en sus raíces. Porque, más allá de peculiaridades específicas de algunas particulares situaciones, lo cierto es que en los problemas del juez y en la cuestión del juez como problema concurren rasgos de fondo que se reiteran necesariamente allí donde se den determinados presupuestos estructurales, en concreto, los cambios derivados de la conversión del Estado liberal en constitucional de derecho, con las transformaciones que conlleva, tanto en el orden normativo, como en el orgánico judicial y, consecuentemente, en la práctica jurisprudencial.

De estos tres planos hay uno, el segundo, en el que, por razones fáciles de comprender dentro de la economía del texto, el autor se detiene en menor medida y al que se refiere para llamar la atención sobre la necesidad de repensar, en una perspectiva de reconstrucción, el sistema orgánico judicial para adaptarlo a las exigencias que emanan del nuevo perfil de la función. Se trata, dice, de «reducir la distancia que media entre la extraordinaria profundidad y creatividad de la función judicial actual y la organización en la que ésta se desarrolla, originariamente pensada para un cuerpo de funcionarios públicos cuya característica más apreciada era la apatía social y el hábito de ocultar las propias decisiones detrás de un burocrático *ita lex*»¹³.

La verdad es que, en España, en este terreno, se han dado algunos pasos dirigidos a potenciar la independencia judicial y con ello una cierta desburocratización por la flexibilización del encuadramiento jerárquico y la consiguiente reducción de la interferencia de este plano en el propiamente jurisdiccional. Este avance se operó mediante la separación del gobierno de la carrera y el vértice de la jurisdicción, que a partir de la Constitución pasarían a tener sedes institucionales distintas. Ciertamente que, como es bien patente, el problema del gobierno de la magistratura no está aquí —y menos hoy— precisamente resuelto, pero, ello no obstante, el cambio producido respecto de la situación anterior a 1980 ha tenido traducción en el reforzamiento de la independencia de los jueces y en un cam-

¹² «Aquí se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento», dice ZAGREBELSKY (*El Derecho dúctil*, p. 145), haciendo hincapié en una dimensión central del libro, a mi juicio no suficientemente tenida en cuenta en algunas apreciaciones.

¹³ *El Derecho dúctil*, p. 149.

bio de clima cultural dentro de la vieja *carrera* relativamente desactivada en algunos de sus peores tradicionales efectos.

El diseño jerárquico de estirpe napoleónica era, no cabe duda, *garantía* de determinada *certeza* del –de un cierto– derecho. inducida por la vía del férreo control ideológico. Éste tenía como cauce un tupido filtro de ese carácter en el acceso a la función, y la posterior administración de las expectativas de promoción interna por parte de la cúpula judicial (de directa designación política) en el uso de sus posiciones de poder – formal e informal– en el interior de la organización. Ello con el efecto de un indudable estímulo –extrajurídico y extrajurisprudencial– a la acomodación mecánica de los criterios de decisión a los postulados desde arriba. En último término por el gobierno, que en la práctica lo era también de la jurisdicción.

El modelo, no cabe duda, había *funcionado* y de ello da cuenta la sensible mayor homogeneidad jurisprudencial constatable en el marco judicial anterior a 1978. Pero es evidente que a ese resultado –abstracción hecha de su calidad en el plano valorativo– coadyuvaban factores no transplantables a una situación democrática, en la que, además, por efecto de la entrada en vigor de la Constitución y de los ulteriores desarrollos legislativos de ésta, era previsible, junto a inevitables relecturas de la normativa anterior, un potenciamiento sensible de la diversidad de las respuestas judiciales.

Todo esto entraba dentro de lo que puede considerarse la fisiología de un proceso de transición democrática, cuyos efectos negativos en el plano que se contempla podrían y deberían haber sido contrastados a través de la necesaria *rearticulación* del sistema judicial –ya sólo como *orden jurisdiccional*– conforme a nuevos y constitucionales criterios. Porque lo cierto es que si el paradigma organizativo precedente y su calidad de *certeza* no podían tener encaje en la nueva situación, ésta requería, no obstante, un esfuerzo explícito dirigido a propiciar el máximo de racionalidad y coherencia interna global del *modus operandi* judicial y de sus resultados.

El juez del Estado constitucional de derecho tenía que dejar de ser el burócrata que había sido –uno más entre los burócratas de la administración precedente– para ocupar ese papel de «intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales), que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionarios públicos»¹⁴. El tránsito –en una medida relevante– iba a producirse en todo caso y en él el déficit de articulación derivado de la (necesaria) atenuación del factor jerárquico y la difusión del pluralismo entre los jueces tendría que haber sido compensado eficazmente mediante la puesta a punto de un diseño orgánico y un sistema procesal adecuado. Es decir, a través de la búsqueda del deseable nuevo tipo de homogeneidad de la respuesta judicial por vías rigurosamente jurisdiccionales por respetuosas con el principio de independencia. Incidiendo, naturalmente sobre el régi-

¹⁴ *El Derecho dúctil*, p. 149.

men de selección y formación, pero también —de manera esencial— a través de las reformas orgánicas y procesales precisas.

En este punto hay un momento de la actividad jurisdiccional y un resorte organizativo a los que está asignado un papel fundamental en la perspectiva de garantizar el máximo de certeza —a tenor del nuevo modo de ser del ordenamiento— y el máximo también de calidad del *producto* judicial. Me refiero a la exigencia constitucional de motivación y al sistema de recursos.

La primera, de cuya relevancia da cuenta ya el solo dato de su consagración entre nosotros como imperativo constitucional (art. 120.3.º), adquiere un relieve de primera magnitud, tanto —o sobre todo— en materia de hechos, como por lo que se refiere a la *quaestio iuris*. Esto a consecuencia del papel actualmente reservado —y pacíficamente reconocido— a la razonabilidad en la aplicación del derecho, en el que también se reintroduce, de manera fisiológica, «un elemento de equidad»¹⁵.

A este respecto hay que decir que aunque el deber de motivar se ha convertido en un tópico sistemáticamente reiterado y que nadie cuestiona, el índice de exigencia en la práctica de los altos tribunales no es con mucho el que era lícito esperar a tenor de la extraordinaria importancia que el mismo tiene como dispositivo de garantía¹⁶. En efecto, hay una fuerte tendencia a admitir como válidas modalidades tenues, a veces casi sólo *pro forma*, de motivación y, cuando se trata de la fáctica, incluso se alimentan dudas acerca de que la misma pueda resultar realmente posible con cierta profundidad y rigor, habida cuenta, se dice, del papel que en la asunción de la prueba juegan instancias no racionalizables como la intuición y ese cierto «sexto sentido» que todo juzgador desarrolla¹⁷.

Por otra parte, es asunto que sigue sin suscitar una reflexión teórica de la amplitud que sería necesaria, lo que unido a tomas de posición del agnosticismo de la que acaba de ilustrarse, es claro exponente de un lamentable déficit de cultura en la materia, bien perceptible en medios judiciales. No obstante —insisto— ser la motivación, muy particularmente la de los hechos, de producirse con seriedad, un instrumento de autocontrol y de control de la racionalidad de la actividad decisional extraordinariamente eficaz y especialmente adecuado a las particularidades del actual orden jurídico¹⁸.

¹⁵ *El Derecho dúctil*, pp. 147-148.

¹⁶ Me he referido con algún pormenor a este asunto en «La sentencia penal», en *El juicio oral en el proceso penal*, de varios autores, Comares, Granada, 1995, pp. 555 ss.

¹⁷ Así la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en que se dice que la convicción que produce la llamada prueba directa «depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación» (12 de febrero de 1992, ponencia de Conde-Pumpido Ferreiro). Con lo que viene a postularse lisa y llanamente la legitimidad —por supuesta imposibilidad— de la falta de motivación de la *quaestio facti* en una gran parte de las resoluciones de la justicia criminal. He argumentado un punto de vista opuesto en «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 257 ss. También en *La sentencia penal*, de varios autores, CGPJ, Madrid 1992, pp. 117 ss.

¹⁸ Es un dato de mi experiencia como integrante de un tribunal colegiado que tiene, como parte relevante de su función, el cometido de revisar sentencias de titulares de juzgados de lo

También una eficaz articulación del sistema de instancias tiene en situaciones de profundas transformaciones jurídicas un papel notable, como instrumento favorecedor de la certeza y la deseable tendencia a la unidad en la respuesta judicial. El ideal en la materia pasaría por la concentración de los recursos de apelación en el menor número posible de órganos y por la universalización de la casación. Sin embargo, nuestra realidad práctica, a pesar de ser ésta una época de –previsibles– grandes incertidumbres jurídicas, ha seguido el camino inverso. Así, sólo en la justicia penal, hasta la fecha, hay tantos tribunales de apelación –y potencialmente tantos criterios jurisprudenciales– como tribunales constituidos en el marco de la totalidad de las audiencias provinciales de nuestro país. Y carecen de acceso a la casación la mayoría de los delitos.

Pues bien, dicho esto, hay que añadir que mientras medios de racionalización de la actividad jurisdiccional como los aludidos aparecen francamente infrautilizados e incluso, diría, ignorados en el discurso de los políticos responsables del tratamiento legislativo de la materia, sobrea-bundan la demandas demagógicas y oportunistas de un constitucionalmente imposible control político y de una reducción del radio de acción y la incisividad de la jurisdicción inviable en las condiciones dadas y, todavía más, a tenor de la evolución previsible del universo normativo. Evolución sobre la que, a mi juicio, con tanta lucidez se discurre en *El Derecho dúctil*.

Es decir, todo lo contrario de lo que exigiría una imaginativa salida al paso de las necesidades reales, en el respeto de las coordenadas constitucionales y de las constantes estructurales del actual orden jurídico. Por eso, las deficiencias de la presente situación jurisdiccional en nuestro país, después de producida una radical renovación generacional de sus cuadros –precisamente en su mayor proporción con posterioridad a 1982–, ya no pueden fácilmente valorarse como simple consecuencia del, hoy histórico, «pecado original» de esta magistratura. Son, más bien y sobre todo, efecto de la pobreza cultural y política de las reformas producidas y de la ausencia de una política de las reformas a la altura de las necesidades de la jurisdicción en esta fase del derecho.

En el contexto descrito, *El Derecho dúctil* me parece un libro francamente importante, porque trae a primer plano aspectos conflictivos de realidad político-constitucional y jurídica producidos entre nosotros en estos años y claramente desatendidos; y, además, aporta instrumentos de análisis que hacen aquí aún más patente ese lamentable vacío de respuestas. Y es también un libro útil para comprobar que las que se han dado lo han sido las más de las veces en un terreno impropio, de manera que las correspondientes medidas, más que salir en clave resolutive al paso de

penal, que muchas de éstas mal o nada motivadas, sobre todo en materia de hechos, expresan una auténtica falta de conocimiento del correspondiente *modus operandi*. Algo perfectamente explicable, puesto que se trata de una actividad que, inexplicablemente y hasta la fecha, no ha sido objeto –en su dimensión empírica– de una disciplina concreta, mientras en el plano doctrinal se dan posiciones como la de la sentencia de la Sala Segunda antes aludida.

los problemas, han contribuido objetivamente a profundizarlos y a darles un carácter, ahora ya, endémico.

El *miedo* –no tanto al juez *de derechas*, primero chivo expiatorio, después *descubierto* o añorados muchas veces sino, en el fondo– al nuevo papel constitucional del «poder judicial», pudo ser explicable. Pero no argumento justificador de la falta de racionalidad e incluso de lealtad constitucional con que se dio la espalda a la mejor cultura democrática de la jurisdicción en el Estado de derecho, al (mal)tratar los problemas reales planteados en el terreno que nos ocupa, no sólo ni sobre todo por el juez, como se ha visto.

Ahora no cabe ni desandar mecánicamente lo andado ni eludir la certeza de que el mal tratamiento de los problemas heredados ha añadido a lo que permanece de éstos todo un cúmulo de ulteriores consecuencias indeseables, contra los que también hay que reaccionar. Aunque sea tarde y mayores las dificultades objetivas en razón del nuevo contexto político, tendría que hacerse desde una actitud cultural como la que está en la base de *El Derecho dúctil*. Un libro que aquí suscitará desasosiego; pero no por sí mismo, sino por la inquietante evidencia de aquello sobre lo que –con descriptivo rigor notarial– ayuda a crear conciencia. Esto es, que no se dio en su momento *al derecho lo que es del derecho*, con todos los efectos de amplio espectro e imprevisible alcance negativo que hoy están bien a la vista.