

Perfecto Andrés Ibáñez

**«RACIONALIDAD Y CRISIS
DE LA LEY»**

DOXA 22 (1999)

RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY *

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado

Hablar de las vicisitudes de la legalidad como experiencia crítica es ya un tópico, que remite a una realidad compleja, en la que es necesario considerar diversos planos. En el primero de éstos, se impone una referencia, por demás obvia, pero me parece que no inútil, al carácter de irrealizable del modo de relación del juez con la ley propio de la utopía liberal. Verdad es que hoy no resulta habitual que se postule expresamente como tal modelo, pero creo que no ha perdido toda presencia, al menos subliminal, en cierta cultura jurídico-política con tendencia a exteriorizarse en afirmaciones simplificadoras para consumo de masas, recurrentes, sobre todo, en conexión con el malestar por resoluciones no gratas. A mi juicio, ese paradigma –de incondicionada prevalencia del *demos*, es decir, de la omnipotencia del legislador y la consiguiente irrelevancia del momento judicial– tiene algo de natural «claustró materno» para el jurista democrata. Y su patente inviabilidad provoca en él, a veces, un efecto asimilable al *horror vacui*, en este caso *horror iudicis*.

El segundo plano de esa compleja realidad lo aporta la misma aparición en la escena del modelo del Estado constitucional de derecho en la medida que incorpora un elemento, si no de desconfianza, sí de cautela en el tratamiento del papel de legislador ordinario, al sujetarle a la Constitución, con lo que esto tiene de limitación de su autonomía; lo que, contextualmente, se traduce en un cambio sensible en la morfología y la fisiología del ordenamiento y en un notable reforzamiento objetivo del papel del juez.

Veo como un tercer plano a tener en cuenta la clase de prácticas legislativas que se han descrito como «descodificadoras». «Descodificación» en un doble sentido: el que atañe al modo de ser actual de la ley (de la «ley om-

* Intervención en la mesa redonda de ese título, con participación de M. Taruffo y F. Laporta, en el IV Congreso Hispano-italiano de Teoría del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 8-10 octubre 1998.

nibus» que es cada año la de presupuestos, a las *leggine* o «leyes medida»); y el que se concreta en los desajustes de orden sustancial que, frecuentemente, recorren y fracturan el ordenamiento. Es evidente y ya bien sabido que todo esto no podía darse sin la consecuencia de un protagonismo sobreañadido del intérprete.

A la perturbadora incidencia del fenómeno *descodificador* se suma la aportada por la situación de relativa *desregulación* en que se han estado produciendo, y siguen haciéndolo, importantes segmentos de la actividad del ejecutivo intervencionista, siempre expansiva. Es otra manifestación del debilitamiento de la significación real del legislador que ha contribuido a potenciar la intervención judicial en el ámbito de la actividad pública, lo que supone una ulterior causa de acentuación del previamente fortalecido papel del juez.

Pero todavía, situados en este último plano, emerge un fenómeno más a tomar en consideración. Este pertenece más directamente a la *patología* del sistema y comparece en aquellos casos en los que la crisis de la normatividad en la actuación de los poderes públicos se expresa en los gravísimos fenómenos de delincuencia y corrupción, de extensión preocupante, que han adquirido aparatosa visibilidad en estos últimos años.

Aquí, el rol de la jurisdicción –generalmente la penal– se sobredimensiona inevitablemente en sus efectos, por las graves consecuencias de deslegitimación que implica para los afectados; y porque las actuaciones judiciales pasan a ocupar el centro del debate, a veces, incluso, de la lucha política.

Esta crisis poliédrica o polidimensional, con todo su potencial conflictivo incidiendo sobre el momento judicial aparece tratada, con mucha frecuencia, mediante la poco rigurosa presentación como *judiciales* de problemas que no lo son en sentido estricto. De problemas en los que la dimensión judicial es más bien necesario *efecto* jurídico que *no causa*, y menos la causa directa o abusivamente política que suele sugerirse. Así, por ejemplo, es bastante obvio que el malestar debido a lo que se denosta como *judicialización* es muchas veces sólo desazón por los efectos de cierta clase de intervenciones judiciales inevitables por imperativo de legalidad, que comportan una carga de consecuencias de indudable trascendencia política.

Dicho esto, debo señalar que, por otro lado, y aunque se hiciera abstracción a efectos de análisis de esta última clase de cuestiones, hablar de jurisdicción sería siempre aludir a un universo problemático. Problemático de los *proprios* problemas. En el origen de estos problemas *proprios* y para lo que aquí interesa, está la figura del juez *heredado*. El del modelo burocrático, de ascendencia napoleónica, prácticamente «nulo» como «poder», pues-

to que heterogobernado desde/por el ejecutivo, y de una demostrada sospechosa funcionalidad a las experiencias de los diversos fascismos.

La incorporación de ese juez al Estado constitucional de derecho se hizo en el marco de unas coordenadas que pueden esquematizarse así: El juez ganaba sensiblemente en independencia y experimenta un potenciamiento de la relevancia de su papel, o sea, de su *poder*, por la *redistribución de competencias* en que se traduce el nuevo *statu quo* constitucional. Así, el juez, el momento judicial, se convertiría en el polo de un conflicto (fisiológico, pero inevitablemente abierto a eventuales degradaciones patológicas) que es, cuando menos, de doble vertiente.

En efecto, de un lado, está la representada por la *tensión estructural* que el modelo constitucional instaura en la relación legislativo-ejecutivo y jurisdicción. Del otro, el hecho de que –sobre todo en momentos de transición– jurisdicción equivale a *juez heredado*, lo que implica un inevitable coeficiente de disfuncionalidad en el interior del modelo constitucional. En fin, concurre también una marcada tendencia al tratamiento reductivo de la jurisdicción en los desarrollos legislativos, dirigido a desactivar por esa vía la capacidad de incidencia de aquella, lo que aporta un nuevo factor de *tensión adicional*. Podría hablarse de una suerte de estrategia de *recuperación del terreno perdido* por los actores de la democracia política. Estrategia que siempre encontraría una justificación persuasiva en el argumento de la irremovible inadecuación del juez que, obviamente, en ese discurso sesgado, nunca llegaría a estar a la altura de su papel constitucional. A partir de lo expuesto, me gustaría dejar constancia de algunas consecuencias que se derivan del juego de esos datos.

Me parece que hay razones objetivas para que el juez viva con alguna perplejidad su propia identidad institucional. Esto por el carácter contradictorio de buena parte de los elementos que contribuyen a la integración de esta identidad. Tales son: el ideal prefigurado en el modelo constitucional, con su aludida inherente carga de conflicto; la forma de gobierno de la justicia entre nosotros, *muy políticamente mediatizada*; la articulación orgánica, de corte napoleónico en muchos aspectos; el bagaje formativo y el perfil cultural, claramente deficitarios en la perspectiva de la realización de aquél paradigma; y, en fin, la diversidad de las demandas políticas y sociales que fluyen sobre los operadores judiciales en su conjunto y que son con frecuencia ciertamente antagónicas.

También puede interpretarse como exponente de esa misma perplejidad la ausencia de una adecuada definición (que es inarmónica *definición* por omisión) del modelo de juez, perceptible en la actuación de los sucesivos Consejos Generales del Poder Judicial, es decir, en la política de selección, formación, nombramientos y disciplinaria, que se proyecta de forma per-

turbadora sobre quienes son sujetos pasivos de la misma y en la opinión. De todos estos aspectos me interesa subrayar aquí el relativo a la preparación teórica para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Un libro sobre organización de tribunales, el de Oliet y Serena, muy usado en los años 50-60 en la preparación de jueces, se abría con esta elocuente afirmación: «La oposición es, sustancial e inevitablemente por tanto, la ejecución en el acto del examen de “discos” previamente impresionados en el cerebro del opositor con arreglo al programa». Toda una propuesta de método, que habría hecho las delicias de Montesquieu.

Y, es cierto, los textos al uso recibían el nombre de *contestaciones*, bien revelador del carácter de su contenido: un conjunto de respuestas canónicamente articuladas y dispuestas para ser asimiladas, repetidas, y –se supone que luego– automáticamente aplicadas. Es decir, la forma más adecuada de reproducir *conocimiento* jurídico desproblematizado y apto para el desarrollo de una función (que se presumía) mecánicamente subsuntiva. En la economía de ese sistema correspondía un papel central al *preparador*, magistrado experimentado encargado de iniciar al *aspirante* en las rutinas y, sobre todo, en la ideología del oficio. El círculo formativo se cerraba con un periodo de Escuela Judicial eminentemente práctico, en el sentido más plano y burocrático del término.

Pues bien, al cabo de estos años, el modelo ha experimentado alguna erosión por la incidencia de un entorno constitucional y político-cultural y jurídico sensiblemente transformado. Pero no ha sido objeto directo de un reflexivo y metódico *ajuste de cuentas* teórico. Y, por ello, sigue permeando la cultura y la práctica de los jueces. Y no sólo. Diría que resulta con alguna frecuencia asumido y alentado en esas estrategias reductivas a las que me refería, que ven en la reiteración de semejante paradigma subcultural un antídoto frente a los riesgos de un tipo de juez: el *juez activista*, para entendernos.

En esa línea milita, por ejemplo, algún paleoformalismo, como el de Requejo Pagés, para quien «el juez debe limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento». Concepción en la que el sistema jurídico aparece representado por una red de distribución de agua y el juez como el encargado de manejar la llave de paso, «sin añadir nada». Verdad es que este punto de vista, en su extremismo y tosquedad, no es representativo, pero ejemplifica muy bien, e incluso, a mi juicio, conecta objetivamente con un tipo de actitudes frente al juez, muy presentes en ciertos ámbitos políticos e institucionales, incluidos los académicos, en este caso, como es natural, más matizadas.

Con esto quiero aludir a discursos que, con objeto de no estimular el protagonismo judicial, se valen del recurso consistente en presentar la nor-

malidad judicial como el reino del *caso fácil*, que justificaría, en general, un juez exégeta, que sólo en supuestos muy marginales se vería enfrentado al *caso difícil*. Pero creo que la complejidad que hoy presenta el ejercicio de la jurisdicción se resiste a esa especie de reducción porcentual o estadística de los índices de dificultad.

Naturalmente hay *casos fáciles*, pero los que no lo son no emergen en formas que permitan una sencilla identificación *ex ante*, como las manchas en la piel del leopardo. Por el contrario, el mecanismo de difusión de la *dificultad* es bastante más sutil. Esta puede emerger en cualquier supuesto, en función de datos no necesariamente perceptibles a primera vista ni en el primer momento, y de circunstancias que pueden ser tanto de naturaleza sustantiva como procesal.

Cuando, haciendo abstracción voluntarista de estos matices, el asunto no se aborda con el necesario realismo se está contribuyendo a generar un tipo de juez, nada inusual y a mi juicio el más peligroso, que es el que opera desde la falsa conciencia de los perfiles reales del propio papel. La insistencia –burda o más elaborada– en la apología del paradigma exegético y en una cierta trivialización de las dificultades que hoy entraña el ejercicio de la jurisdicción (que suele ir acompañada del tratamiento ingenuo o la marginación de la cuestión de hecho) lleva directamente a la difusión de actitudes judiciales irresponsables, presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente de la discrecionalidad inevitable.

Un Juzgado de ejecutorias de Madrid había denegado la suspensión de la pena privativa de libertad *razonando* mecánicamente sobre la falta de un requisito legal. Impugnada en queja la resolución, en el informe emitido en la tramitación del recurso, justificaba, sin embargo, su decisión *argumentando* que «tal beneficio es una libertad discrecional de los jueces». La actuación lleva fecha de 17 de abril de 1998. Su autor, por razón de edad, debió hacer la carrera bien avanzada la transición democrática y, como juez, es *producto* del sistema vigente. Y, sinceramente, el modo de proceder no es excepcional.

Quizá pueda ayudar a entenderlo el dato de que en el programa que rige las pruebas de acceso a la magistratura, que data de 1996, existe un sólo tema de teoría general dedicado a la interpretación de la ley, con los siguientes epígrafes: «Teoría de la interpretación: las diferentes concepciones. La aplicación e interpretación de las normas jurídicas. La aplicación analógica. La equidad. La exégesis, la dogmática y la crítica.» No tiene de extraño que en semejante contexto la discrecionalidad aparezca como un tópico propio –sólo– de la materia administrativa.

Frente a tal estado de cosas, una actitud sensata de la cultura jurídica en relación con los jueces sería la orientada reflexivamente a facilitar a éstos la

percepción adecuada de los perfiles reales de su función, de la calidad del poder que realmente ejercen en el momento presente. Pues donde falte claridad de conciencia al respecto faltará una correcta idea del límite y la consiguiente reflexiva tensión hacia la autocontención garantista del propio poder. Y cuando esto suceda, como ocurre con frecuencia, no será razonable esperar buenas decisiones judiciales, caracterizadas por el rigor en la motivación y expresivas del necesario sentido de la responsabilidad.

El tratamiento de la cuestión judicial en algunos medios políticos y jurídicos democráticos es realmente paradójico. En él se dan cita el rechazo formal del modelo de *juez heredado* y la simultánea tendencia a la valoración implícita e incluso explícita de aspectos significativos de su estatuto y de su cultura, por crudas razones de cierta miope *realpolitik*. En este tipo de actitudes, los riesgos de un juez al que se considera poco vinculado tratarían de conjurarse por la vía administrativa mediante la recuperación de la dependencia jerárquica y del napoleónico tratamiento de la disciplina, que es como decir el restablecimiento del heterogobierno político de la función judicial. Por tanto, la renuncia o la atenuación del valor independencia, como alternativa a la *judicialización*, sobre todo a la tan mal llamada *judicialización de la política*, que, por cierto, nunca ha sido responsabilidad de los jueces, desde luego en lo fundamental.

Dentro del modelo constitucional no hay alternativas a la judicialización a que me he referido como *fisiológica*. Pero puede disponerse de medios eficaces para conjurar preventivamente los posibles deslizamientos en la *patología*. Sobre el particular, cabe sugerir algunas indicaciones elementales. Una apunta fuera del ámbito judicial, al dominio de la política, donde me parece poco discutible que hay mucho más y mejor que hacer que alimentar esa suerte de paranoia que con frecuencia se traduce en la formulación de propuestas regresivas y autoritarias, a veces con claros perfiles de inconstitucionalidad, a propósito del poder judicial. En el *statu quo* de la *cuestión judicial* al que he aludido creo que hay que dar a la política lo que es de la política, en materia de responsabilidades. Y, ya, en lo específico judicial, se trata de no negar y menos negarse a ver el papel constitucionalmente atribuido al juez, sino de contribuir a generar racionalmente las condiciones de posibilidad –culturales y estatutarias– del ejercicio más constitucional del mismo.

Dicho en argot taurino habría que «coger el toro por los cuernos»: identificar con claridad los rasgos del tipo de juez *constituido* para dotarle del régimen estatutario y –muy en particular– de la clase de cultura, que es como decir de la *conciencia*, que el mismo demanda. *Conciencia de la calidad del propio poder y de la necesidad de la autolimitación como garantía* que debe presidir su uso; condiciones ambas necesarias de un ejercicio in-

formado y responsable de la jurisdicción. Esto, obviamente, en el marco del conjunto de garantías orgánicas y procesales, respecto de las que esa *garantía cultural*, al contribuir, entre otras cosas, a una buena comprensión del papel legitimador de la función que aquéllas tienen atribuido en la lógica del modelo, produciría un relevante efecto de reforzamiento de su eficacia. Esta *garantía cultural* tiene un ámbito de proyección *natural* en el campo de la justificación de las decisiones, es decir, de la motivación y de la argumentación racional; materias significativamente ausentes, hasta hace muy poco, de la formación y la preocupación de los jueces, en las que, por fortuna, comienzan a contar con un espacio cada vez mayor.

Es necesario, también, utilizar reflexivamente todas las posibilidades de garantizar la calidad y la tendencial homogeneidad en las soluciones jurisprudenciales que ofrece un adecuado tratamiento del marco procesal. Así, por ejemplo, no cabe duda que el fortalecimiento de la independencia, que implica la eliminación del control jerárquico-administrativo del juez, conlleva, de entrada, la pérdida de un cierto tipo de *certeza* del derecho, la propia de las situaciones de ausencia de pluralismo y de ejercicio autoritario del poder. Pero es bien cierto que la previsible pérdida de esa clase de *certeza* como consecuencia de la remoción de sus presupuestos, debería encontrar una positiva compensación eficaz a través de un buen diseño del sistema de recursos e instancias, que es el medio jurisdiccional adecuado para contener la variedad de las opciones interpretativas dentro de límites razonables. Es decir, la sustitución de una articulación burocrática que contradice el principio de independencia y la sumisión sólo a la ley, por el juego de dispositivos exquisitamente judiciales y el despliegue de una estrategia cultural funcional al papel constitucional de la jurisdicción, medios éstos generadores de la seguridad jurídica que se necesita y eficazmente promotores de aquellos valores.

Estas breves consideraciones me permiten concluir expresando una preocupación bajo la forma de una doble pregunta que creo inevitable. ¿Cuál puede ser el sentido y la calidad de un tipo de inquietud recurrente por el papel del juez como posible factor de crisis de la racionalidad legal, cuando esa preocupación convive pacífica, y sospechosamente, con la renuncia objetiva a la utilización de los medios más aptos para poner a aquél en condiciones de desempeñar adecuadamente su función constitucional? ¿No será que, con demasiada frecuencia, es éste el que no acaba de aceptarse?

