

RINCÓN DE LECTURAS  
RECENSIONES

# Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional.

Perfecto Andrés Ibáñez.  
(2015), Trotta.  
Madrid, 560 pp.

Miguel Fernández Núñez  
Universidad Autónoma de Madrid  
[mfn7@alu.ua.es](mailto:mfn7@alu.ua.es)

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3300>

El libro de Andrés Ibáñez constituye una de las aportaciones más valiosas al estudio de la función judicial de las últimas décadas. *Tercero en discordia* despliega una inusual erudición, aunada a la profundidad de análisis y a la dilatada pericia profesional del autor; el resultado es un exhaustivo panorama de la jurisdicción, sustentado en todo momento en un ingente material teórico y jurisprudencial. Si a este dato se añade el sugestivo prólogo de Luigi Ferrajoli con que se abre el libro, la necesidad de presentarlo se vuelve aún más trivial. Con todo, esta recensión aspira a introducir el contenido de la obra así como a examinar algunas ideas que lo vertebran a fin de poder dar pequeña cuenta del gran valor de este libro.

Con el propósito de analizar la situación actual de la función judicial, el autor se vale de un amplio espectro de materiales de análisis y de información (entre otros, textos clásicos y actuales de filosofía jurídica, de derecho penal, de epistemología, jurisprudencia, prensa); sin embargo, su investigación no se circunscribe solo a elementos sincrónicos pues al interrogarse sobre el estado actual del quehacer judicial, Andrés Ibáñez dirige su atención al origen y devenir del juez, desde un anti-modelo heredado en que el juzgador era un subalterno leal al poder ejecutivo hasta la actual figura del juez constitucional. Pero si en la realidad elementos del modelo conservador y constitucional tienden a coincidir con demasiada frecuencia, no por ello pierde vigencia el modelo ideal. En toda su obra, el autor concibe y preconiza el paradigma constitucional como modelo de referencia, no como mero encaje, para el actual sistema judicial. Se trata, sin duda, de un ideal normativo muy exigente en cuanto a estándares, métodos, procedimientos, instituciones, en el que cada componente resulta crucial. A partir de ahí, la obra describe los desajustes o manifiestas incongruencias que se plantean respecto a este ideal. En sentido inmediato, se trata de una hábil disección de logros y carencias (notables carencias) del actual sistema judicial, en sentido mediato, es una seria propuesta de enmienda.



El hilo general de la obra, la dimensión cognoscitiva de la función judicial, lleva a concebir los elementos como garantías recíprocas y coherentes en aras del enjuiciamiento; no obstante, en el proceso se abordan muy distintos aspectos que guardan identidad parcial entre sí: Partiendo de la “dificultad” de la comprensión y aceptación de la jurisdicción en el Estado constitucional (cap.1), se traza un panorama diacrónico de los presupuestos históricos (cap.2) así como de las premisas teóricas (cap.3); seguidamente se examina el anti-modelo de “juez heredado” (cap.4) para analizar su elogiada antítesis, el juez constitucional (cap.5). En el cap. 6 se analiza la independencia judicial mientras que en el 7 el modo de organizarla. Seguidamente, se aborda la imparcialidad (cap.8), las dos dimensiones del enjuiciamiento, “poder” y “saber” (cap.9) pasando por las nociones poco pacíficas de la convicción judicial (cap.10) y la aplicación de la ley (cap.11). Las garantías judiciales son vistas como un eslabón especialmente relevante (cap.12), a la par que son complementadas con la deontología y el bagaje cultural del juez (cap.13); en las antípodas, se encuentra la ampulosa anti-estética judicial (cap.14). Los últimos capítulos examinan el actual ensanche del sistema judicial y la presencia de nuevos actores: se aborda la cuestión de las irregularidades de los poderosos (cap.15), la falta de idoneidad del jurado para ejercer su función (cap.16), el asociacionismo judicial, aspecto clave para una práctica comprometida (cap.17), el Ministerio Fiscal, “instituto en la ambigüedad” (cap.18) y la preocupante incidencia de los medios de comunicación (cap.19). Como queda patente, la estructura del libro consiente al lector tanto un panorama exhaustivo como un estudio parcial.

Desde esta perspectiva, seguidamente se analizan la independencia e imparcialidad judicial como dos de los principales ejes de la obra.

### **Independencia.**

La independencia es un “valor nuclear de la jurisdicción [...según] el ciudadano medio” (p.213), entendida como “garantía de garantías” orgánicas y procesales (pp.139-141), que da sentido a la idea de juez natural y predeterminado por la ley. Al mismo tiempo es también un “valor difícil e incómodo” (p.161).

Y es que la independencia judicial externa (de la magistratura) se ve afectada de muy distintas maneras: a través de la política de nombramientos (especialmente, la elección parlamentaria de los vocales del CGPJ), las relaciones peligrosas de la política y del legislativo (leyes singulares o retroactivas, alteración de ideales reservas de competencia), el tipo de selección (que carece de la objetividad necesaria y que previene el pluralismo), los controles jerárquicos de movilidad y sueldo. En lo que atañe a la independencia interna (del juez en sí) son otros los riesgos: la “carrerización” de la judicatura (con el riesgo, además, de una carrera paralela a través del tráfico de influencias y del paso de la judicatura a la designación política y viceversa), subalternidad y sumisión, degradación del marco (disfuncionalidades burocráticas, infradotación, sobrecarga y lógica productivista), estructura jerarquizada y vertical e idéntico sistema de instancias y recursos (con el consiguiente conformismo hacia el vértice). La alternativa constitucional pasa, en cambio, por un modelo horizontal, lejos del gobierno político de los jueces (p.141), y exige de estos un perfil ético y estético de la independencia en sus actuaciones y en sus convicciones (pp.157-161).

Apreciar debidamente el rol de la función judicial no es tarea fácil: a esto alude el magistrado emérito al hablar de “dificultad” de la comprensión y aceptación del papel de la jurisdicción en el estado constitucional, una dificultad que el autor identifica especialmente con “el fortalecimiento del papel de la legalidad” (p.39) y que “conecta esencialmente con el propio modelo” (p.36). El juez solo debe estar

sometido directamente a la ley y al derecho (art.103.1 CE), una sujeción a la ley material en cuanto coherente con la Constitución (p.78). Esto excluye toda mediación jerárquica, política o de otra índole (p.80) y alienta al juez a “una cultura de la desobediencia” (Borrè cfr. en 166) a cualquier otra clase de lealtades. La virtud constitucional del orden judicial no radica en ser un poder bueno sino “en ser el poder otro, desde el derecho” (p.41), con una “cierta dimensión de contrapoder” (p.202). En este sentido, la relevancia de este rol -a menudo incomprendido- es la naturaleza contramayoritaria del papel constitucional judicial. El papel del poder judicial arranca de la necesidad de dotar a los derechos fundamentales y al derecho de una institución de garantía de su efectividad (p.84). De aquí que la propia independencia en cuanto garantía deba estar rigurosamente garantizado (p.87).

Dentro del examen diacrónico que realiza el autor (que arranca de la Edad Media), resulta especialmente digno de mención el anti-modelo de juez heredado que toma mayor pie en el momento post-revolucionario francés. El paradigma napoleónico concibe al juez como parte integrante de la administración en una organización jerárquica de carrera y sometida a sanciones disciplinarias (pp.93 y ss). En virtud de esta concepción, el precedente era seguido por razones de potestas del emisor, no por la ratio de la decisión, lo que arroja un *stare decisis* no jurisdiccional sino político-administrativamente inducido (p.97), con las consiguientes impunidad de cara al exterior y sumisión dentro del sistema judicial. Todos estos rasgos constituyen un anti-modelo de juez heredado, de formación castrense, que en buena medida sigue vigente a pesar de la difícil compatibilidad con el modelo constitucional de juez. La oposición para acceder a la judicatura es un primer peldaño en esta singular adhesión a la vocación judicial: una oposición memorística, irreflexiva, de una disciplina penitencial; inidónea, en cambio, para evaluar racionalmente la calidad del conocimiento, que es lo que debería tener en cuenta la oposición, estrictamente informada por los principios de mérito y capacidad (p.107). Partiendo de esta noción de juez en simbiosis con el ejecutivo, la obra examina también el fenómeno de la adhesión generalizada al fascismo por parte de la judicatura en países como Italia y Alemania. Un modelo estatal que había producido magistrados a su imagen y semejanza, como jueces del poder (p.113), no tuvo dificultad para guiarlos en una posterior deriva autoritaria. La actitud de aceptación de los valores políticos dominantes se había inscrito en la naturaleza de los jueces y había hecho de ellos, en medio del conflicto social imperante, defensores de una legalidad monoclasa, instrumentos del ejecutivo (pp.115-116).

En Italia existe un juego de palabras (en la línea de Heidegger) que consiste en decir “la filosofía non serve a niente” con el sentido de que la filosofía no está al servicio de nadie. De forma semejante y con el mismo propósito polémico, quizás quepa decir que “la judicatura es ingobernable” en el sentido de que su control no es susceptible de gobierno. Y no lo es si por gobierno entendemos elección y definición de medios y fines, con una cierta discrecionalidad y en relación de sujeción (p.164) sino que lo será, en todo caso, de administración con las deseables notas de autonomía. El gobierno del poder judicial no solo es un inadecuado reflejo del control de las particulares funciones que deben ser desempeñadas, sino que supone una auténtica desfiguración de dichas funciones puesto que el gobierno es entendido de hecho en una acepción política, con la intromisión insidiosa del ejecutivo en el ámbito del poder judicial, con la considerable merma de la independencia judicial. La asunción del poder judicial en el organigrama administrativo está lejos de haber sido conjurado en el panorama actual: resulta paradójico que el “revolucionario” (Alzaga, cfr. en 182) Consejo General del Poder Judicial, que debía suponer un hito en el camino por la independencia judicial externa, sea uno de los grandes iconos de la injerencia política de forma tácita o escandalosamente explícita, un lugar de “endémica colonización partidista” (p.32),

que pasó del “control hegemónico (...) de la vieja guardia transfranquista” (p.185), a través de la sobrerrepresentación de la jerarquía, hasta el sistema actual de designación parlamentaria de vocales. Andrés Ibáñez reivindica un Consejo General que refleje en su composición el pluralismo de valores presentes en la judicatura que preconiza la Constitución, una representatividad ideal (p.200) en una suerte de gobierno autónomo (p.202). Pero ¿cómo va a haber independencia cuando, como sucede actualmente, faltan autonomía y legitimidad? (p.207).

La independencia no se encuentra aislada sino imbricada fuertemente con la imparcialidad de esta manera: la independencia permite la imparcialidad que, a su vez, es presupuesto de la objetividad del juicio. Como se ha puesto de manifiesto antes, el magistrado emérito defiende la implicación y el carácter conexo entre las garantías: la consagración estatutaria de las orgánicas como precondition de eficacia de las procesales, “a través de las cuales la independencia se hace imparcialidad en la fijación de los hechos y la aplicación del derecho en el caso concreto” (p.88). Empero, no todas las garantías son solo instrumentales: si la función judicial es instrumental en la defensa de los derechos y, por ello, siguiendo las categorías de Ferrajoli (Principia iuris cfr. en 88 y ss) es una garantía secundaria respecto a los derechos, algunas garantías procesales asociadas a la función son genuinas garantías primarias, esto es, derechos fundamentales.

### **Imparcialidad y valoración del hecho.**

Si bien se encuentran íntimamente relacionados, Andrés Ibáñez estima que si la independencia tiene un carácter esencialmente político, la imparcialidad parece ser el atributo del titular en cada caso concreto. La imparcialidad exige que el juez actúe como el hobbesiano “tercero” o el beccariano “investigador indiferente de la verdad”, como sujeto extraño a los intereses de partes, que emite decisiones en base a un saber “de cuya consistencia depende la legitimidad del resultado” (p.88). Desde una óptica subjetiva, el juez tiene que estar prevenido de sí mismo pues solo ello consiente una aproximación eficaz y neutral a los datos empíricos. Imparcialidad es, ante todo, garantía de conocimiento (p.215) pero su relevancia es patente en múltiples dimensiones: 1. Política: la inserción de la magistratura en un marco estatal preconstituido, con jueces aleatoriamente asignados; 2. Jurídica: en relación con las partes procesales (carácter contradictorio, igualdad de armas) y con el objeto del juicio; 3. Epistémica: puesto que el enjuiciamiento stricto sensu se mueve en las reglas de la inducción probatoria (con unos métodos y pautas acotadas del método científico); 4. Ética: honestidad intelectual, falta de compromiso (con sus preconcepciones y con las partes procesales).

La imparcialidad, “garantía y presupuesto de la calidad de conocimiento” (p.215), es piedra angular del juicio justo y debe ser puesta en relación con la función esencialmente cognoscitiva de la jurisdicción. El proceso debe estar orientado por alcanzar la verdad procesal (“de suficiente calidad inductiva”, p.231), de modo que la imparcialidad ante las partes y ante el material probatorio es un prerequisite para lograr esa “verdad de calidad”. Una vez cumplidas las garantías procesales, el enjuiciamiento como tal procede por un camino epistémico, bajo las reglas de la inducción probatoria (p.219). Pero aquí no hay interrupción entre las dimensiones jurídico-formal y epistémica pues es esta hacia la que se deben orientar los trámites (p.231).

Ferrajoli (siguiendo a su vez a Foucault, cfr. en 229) considera que el proceso está conformado por dos dimensiones: la del poder, que concibe el proceso como un conjunto de trámites y la del saber, que entiende el juicio en una acepción epistémica, cognoscitiva. La dimensión del saber se ha visto frecuentemente

oscurecida por la del poder. Sin embargo, la función judicial va tomando conciencia del carácter prevalente del primero sobre el segundo y en este cabo resulta fundamental la presunción de inocencia pues determina la priorización del saber. La contradicción actual del juzgador es sustrato en que apoyar la prueba; a menudo se identifica regularidad de la prueba con la calidad convictiva: es el caso de diligencias de instrucción, a las que se atribuye valor probatorio, de modo que, al faltar contradicción, a pesar de su licitud, no constituyen un objeto sobre el que medie buen conocimiento (p.246) o el caso de lectura de diligencias practicadas en el sumario; ingresar en el cuadro probatorio no es sinónimo de que algo quede probado efectivamente y esto deriva de que la valoración del cuadro no es de naturaleza jurídico-formal (los trámites, el poder) sino de raíz lógica, sometida a las reglas de la inducción probatoria. La falta de contradicción tiene una repercusión heurística indudable pues “cuanto más se sustrae a la refutación, tanto mayor es la exposición al error” (Ginzburg, cfr. en 246). De modo que la posición dialéctica del contradictorio permite un cuadro probatorio más exhaustivo y garantizado en sentido epistémico.

En este punto, Andrés Ibáñez presenta como otro anti-modelo que no tiene cabida en el paradigma constitucional el de la íntima convicción (pp.254 y ss), entendida como una especie de acceso al conocimiento por iluminación, inconfesable y cercano al sistema premoderno de las ordalías. El hecho es analizado inconscientemente, de acuerdo con un “objetivismo ingenuo” (González Lagier, cfr. en 256), y en el caso de prueba directa inmediatamente a través de percepción sensorial, inmune a cualquier tipo de control. Naturalmente, semejante concepción de la prueba es del todo improcedente en la actual situación del debate. El enjuiciamiento de la premisa epistémica (Redondo, cfr. en 256) se produce siguiendo la lógica inductiva a partir de pruebas indiciarias (sin mayor distinción que la fiabilidad o el número de indicios). Los instrumentos propios del proceso dan lugar a una verdad de calidad, reflejada en la motivación, la cual “demanda la apertura de un espacio en el que se explique y se justifique por qué a partir del material antes presentado se ha llegado a la conclusión que se expresa bajo la forma de hechos probados.” La motivación es asimismo una forma de aclararse, que, de no expresar fluidez, muestra la necesidad de replantearse el criterio (p.283).

Es el método, con la asunción *ex ante* intelectualmente honesta del deber de motivación (con la autoconsciencia que esto reclama), presupuesto para alcanzar dicha verdad de calidad (p.270). Como queda patente, más allá de las dimensiones procesales y de garantía de la motivación, su relevancia es, antes que nada, epistémica.

Como conclusión, cabe decir que si en el actual paradigma constitucional la idoneidad de una decisión debe ser medida por su motivación, el libro de Andrés Ibáñez constituye una reivindicación comprometida de una mejor práctica a través de la mejor teoría.