

## Justicia y crisis ¿Quiénes son los jueces?

Amaya Olivas

*[El presente artículo se basa en una intervención de la autora en la III Universidad Anticapitalista celebrada en Banyoles en agosto del 2012. Asimismo, en un capítulo de la propia autora en el libro coordinado por G. Pisarello (2009) Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites. Ed. Bomarzo.]*

*“...El derecho moderno contribuye activamente al sostenimiento de un particular régimen económico y político liberal (y de las injusticias que éste encarna). Las normas jurídicas y las sentencias judiciales –tanto como la supuesta ‘ciencia jurídica’ construida para explicarla y sistematizarla se cuentan entre los dispositivos simbólicos más importantes de la sociedad capitalista para naturalizar como institucionalidad inevitable lo que no es sino relación de poder contingente”*  
(Guillermo Moro, 2010).

En los últimos meses, diversos episodios relacionados con el poder judicial han salido a la luz con gran repercusión mediática. El más paradigmático, quizás, sea el de los viajes del que fue, hasta su dimisión, presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Divar. Dichos viajes, presuntamente oficiales, y por tanto, sufragados con erario público, se revelaron en realidad como múltiples desplazamientos lujosos e injustificados desde todo punto de vista.

La actuación de Divar ha puesto de manifiesto, una vez más, la creciente deslegitimación del órgano de gobierno de los jueces: el Consejo General del Poder Judicial. La desfachatez del magistrado ha servido, sin duda, para dar combustible a la sensación de incompreensión y desconfianza ciudadana que el estamento judicial despierta.

En efecto, la distancia existente entre la sociedad civil y la administración de justicia se ha acrecentado en los últimos tiempos. No resulta extraño que, en un clima de tensión social y con los recortes a los servicios públicos o a los derechos sociales de trasfondo, haya arraigado todavía más la percepción de que la administración de justicia no es igual para todos y está más al servicio del poder que de los débiles.

Esta crisis del mundo judicial, sin embargo, no es nueva. Tampoco la percepción de que sus miembros forman parte de una casta conservadora que no duda en agravar situaciones de injusticia con decisiones ciegas a la realidad social. Indagar en la genealogía de tal desencuentro exige, por eso, examinar los hábitos de los jueces, sus valores y motivaciones. Eso significa, en definitiva, responder a una pregunta primordial: ¿quiénes son los jueces?

### **“Cantar” cinco temas**

La forma de acceso a la judicatura es la que nos da más pistas sobre ello. La comprobación de los conocimientos teóricos del candidato se realiza, a diferencia del resto de países europeos, mediante pruebas exclusivamente orales y a modo de monólogo. Se trata, obligatoriamente, de “cantar” cinco temas en cada uno de los dos ejercicios orales elegidos de forma azarosa de entre, aproximadamente, quinientos en un tiempo máximo de una hora y cuarto. Esa acrobacia compulsiva, *conditio sine qua non* para el posterior ingreso en la Escuela, pone a prueba la capacidad de memorización automática del opositor.

Superar ese obstáculo de acceso implica, en primer lugar, que los opositores deben permanecer, de forma obligada, “fuera del mundo” y de la realidad social, durante un largo periodo de tiempo (la media se sitúa en cuatro años y medio). En segundo lugar, la ausencia de un sistema público de acceso a la carrera judicial implica que los opositores no obtengan ingreso alguno durante la oposición y deban afrontar el pago de los “honorarios” marcados por los preparadores. Con ello, se perpetúa una selección clasista que excluye a personas bien preparadas que no pueden costearse estos años de preparación y, en consecuencia, estamos ante un sistema que sólo es inclusivo respecto de aquellos aspirantes que pertenecen a sectores sociales que se pueden permitir esta opción profesional.

Por todo ello, no resulta extraño que las personas que han aprobado las oposiciones sean representadas en el imaginario social como seres con determinadas cualidades: sacrificados, inteligentes, con un punto *sobrenatural*. A ello contribuye la enorme dificultad de obtener el aprobado (una media de 5.500 firmantes para 200 plazas, a modo de ejemplo). Sin embargo, lo cierto es que unas pruebas de este tipo constituyen el símbolo del adiestramiento mecánico y repetitivo, y por tanto, de la muerte del pensamiento crítico y reflexivo. Consagran un modelo positivista, en el que el futuro juez ni disierte críticamente sobre la dimensión y proyección social de su oficio, ni razona sobre los factores culturales, económicos e históricos que determinan los contenidos del ordenamiento: el qué y el cómo de una normatividad amparada en los poderes públicos y cuya eficacia y garantías son aleatorias, limitadas y notoriamente desiguales.

El opositor memoriza como un autómatas: repite las normas sin contextualizarlas, no se encuentra preparado para comprender su significación ni

los efectos sociales derivados de la interpretación de aquellas. Se encuentra muy limitado para ponderar las consecuencias originadas por la aplicación automatizada de determinados preceptos y, debido a las apuntadas características de su adiestramiento acrítico, no le resulta fácil percibir la prioridad constitucional de interpretar las normas en la forma más efectiva para la protección de los derechos.

Pero, junto a ello, debe además recordarse que el juez, en la medida que no ostenta legitimidad democrática directa, legítima y convalida su potestad en el ejercicio cotidiano de su función, cuando razona y expone los motivos en que se asientan sus decisiones.

En consecuencia, el juez debe vincularse a la legalidad, pero también debe saber trascenderla para no quedar atrapado en una *facticidad* que predetermina sus actuaciones. Es la crítica a esa misma ambigüedad, la que es capaz de impulsar y producir “*sentido*”. Así es posible evitar que los “*esquemas consolidados*”, a los que se refiere Zagrebelsky (2006), se conviertan en un obstáculo insalvable:

el juez fiel al arbitrio adobado de legalidad, está destinado a producir injusticia. Sólo el juez fuera de los esquemas consolidados, el juez con las piernas al aire podrá acaso hacer justicia. El conformismo injertado en un mundo de relaciones injustas no es justicia sino perversión de la justicia.

En otras palabras, el juzgador se halla en el origen de dinámicas de poder normativizadas, impulsando vectores de fuerza institucional que repercuten en las tramas de cohesión, tensión y conflicto, sobre las que se sustentan y reproducen las diversas *culturas* que confluyen en la forma social, en sus formas jurídicas, así como en sus espacios de ciudadanía. Repárese, por ejemplo, en las transformaciones que, desde el último tercio del siglo XX, están afectando a algunas de las dimensiones esenciales del modelo de *Estado Social de Derecho*, que es nuestro modelo de referencia, constitucionalmente vigente y que, sin embargo, está experimentando graves retrocesos en el alcance y eficacia de algunos de sus postulados normativos más importantes/1.

---

1/ Cuando la crisis del “*Welfare State*” se manifestó abiertamente en la década de los setenta del siglo pasado, no tuvo una crisis “interna” como muchas versiones ideologizadas y superficiales se esfuerzan en difundir: los retrocesos del Estado social responden a estrategias diferenciadas destinadas a contener el alcance político de un modelo constitucional y sus costes sociales. El “Estado social” se convirtió en un modelo a dismantelar. Se optó por políticas de ajuste que se subsumen en el neoliberalismo, que pasó a ser la filosofía central de la globalización. Aquí se encuentran las políticas que exaltaban las formas más agresivas de “*darwinismo social*” y la desregulación intensiva y extensiva; también, la multiplicación de las actuaciones y los ámbitos administrativos que propiciaron los retrocesos democráticos en derechos, libertades y garantías; aquí, finalmente, se plantaron las semillas del desprecio hacia la profundización democrática y las apuestas por la gobernabilidad.

“...resulta esencial la impugnación crítica de las interpretaciones utilitaristas que, por parte de los teóricos neoliberales, se vienen reclamando para el análisis del derecho desde la década de los años 70.”

## Racionalidad pública

Todas estas reflexiones, así como su adecuada instrumentación formativa, se hallan estrechamente relacionadas con la defensa de un modelo de jueces verdaderamente garantistas, que actúen bajo parámetros de “racionalidad pública”, de la racionalidad material latente en los principios constitucionales, principios que la rutina de la burocracia judicial contribuye a olvidar o, simplemente, a ignorar. Principios que contribuyen a facilitar una interpretación generosa y compleja del mundo, y de las historias individuales de los ciudadanos que acuden a los juzgados y, en suma, contribuyen a que los jueces sean capaces

de *empatizar* con los problemas que les afectan y con las dificultades para plantear sus pretensiones. Se trata de relacionar y comprender sus situaciones afflictivas, intentando en todo momento restituirles, desde las situaciones de perjuicio, hacia el pleno disfrute de los derechos.

Es por todo ello que resulta esencial la impugnación crítica de las interpretaciones utilitaristas que, por parte de los teóricos neoliberales, se vienen reclamando para el análisis del derecho desde la década de los años 70. Atender a estos parámetros de reflexión y estudio resulta urgente en la formación de los jueces, cuyo trabajo se desarrolla en el corazón de la realidad social.

Resulta ciertamente impactante, comprobar la vigencia de la argumentación seguida por Pietro Barcellona en los años setenta, acerca de *la miseria de la ciencia del derecho*, cuando incide, precisamente en relación a la formación del jurista, a los programas docentes de las facultades de derecho, asentados en el carácter supuestamente científico y neutro de esta disciplina, que defiende e impone la abstracción generalizada y ahistórica del ordenamiento que se interpreta a través de supuestas fórmulas lógicas (la famosa *subsunción*), negando la evidencia de que, en realidad, este proceder implica la reconstrucción y defensa del sistema del mercado que privilegia, perpetuándolo, el derecho privado:

La ciencia jurídica no se detiene jamás en el análisis de la base económica y de los modelos culturales; el método de las abstracciones indeterminadas impide tomar conciencia real de los condicionamientos culturales, sociales y económicos de las categorías jurídicas concretas. (Barcellona, 1977)

Con ello, los juristas olvidan que el ordenamiento es una entidad discontinua que expresa la “*lógica discontinua de las fuerzas productivas*”, y deben recurrir a la perversidad de un razonamiento que consagra al derecho como ciencia autónoma, aun cuando para describir el “*deber ser*”, positivizado en fórmulas cuasi sagradas, se vean constreñidos a la utilización de intereses y

valores. En la misma línea, y en la misma época, se pronunciaron Hart y Mückenberger (1977), cuando analizaron cómo la vigencia y la supervivencia de la concepción neoliberal en las facultades de derecho, contribuye a la formación ideológica de los estudiantes, mediatizando su acceso al conocimiento social a través de las categorías del derecho privado. Estas categorías son expuestas como nociones autónomas e independientes de la forma histórica en la que nacen y se aplican, y contribuyen por esta vía, a olvidar las relaciones económicas que subyacen a las mismas.

En nuestro presente, seguir insistiendo en este tipo de enseñanza, supuestamente teórica, en las facultades de derecho, (y perpetuada en las oposiciones a la carrera judicial), resulta cuando menos sorprendente, si tenemos en cuenta las características básicas de la producción jurídica, propias de la sociedad en red, “una estructura traducida en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y al mismo tiempo, difícilmente matizables”, como explica F. Ost (1993). Este autor recuerda, en todo caso, que la legitimidad de tal actuación debe respaldarse en la garantía y defensa del “derecho a tener derechos”. De nuevo, el modelo garantista, en sentido fuerte, y la necesidad de construir una cultura activa de la jurisdicción, que no deja de ser, al fin y al cabo, un mandato constitucional.

Aun de forma fragmentaria y sintética, lo expuesto hasta ahora manifiesta el gigantesco *atraso cultural y jurídico* en el que se encuentra la “realidad judicial” así como la más amplia “realidad jurídica”<sup>2/</sup>; lo cual es, además, doblemente preocupante si se atiende al hecho de que el Estado social, como tal modelo jurídico-político, vive una profunda crisis desde los años 70. Esta crisis, activada y sostenida por agentes económicos transnacionales, es visible en el retroceso en la observancia y protección de los derechos y garantías sociales, lo que contribuye de forma notable a la escasez crónica de los medios destinados a la administración de justicia.

Para colmo, los escasos recursos disponibles suelen destinarse, lamentablemente, y en una cuantía muy significativa, a la *persecución de delitos de escasa entidad*, con un alto índice de autorías procedentes de la exclusión social; persecución que ocupa y consume un segmento importante de la actividad de los juzgados.

---

2/ Como se ha indicado, vivimos una época caracterizada por la *hipertrofia normativa* que, además, manifiesta el patológico cierre del derecho sobre sí mismo y aquí se producen las evidentes y reiteradas *autorreferencias jurídicas*. Como un reputado estudioso escribía, refiriéndose al “*escandaloso aislamiento cultural que vive el pensamiento jurídico, que ya no puede permanecer mucho más tiempo encerrado en sí mismo y que, para aproximarse al estado actual de las demás ciencias y tecnologías, ha de abandonar las tres milenarias que inexplicablemente todavía conserva (...) La enseñanza universitaria se centra sobre el ordenamiento y sus técnicas de interpretación, dejando a un lado, como si de cosa menor se tratase, su aplicación y, para mayor desgracia, sin dar la menor importancia a los agentes que concretan las normas abstractas a la hora de resolver conflictos singulares (si se trata de jueces) o de declarar derechos y situaciones jurídicas (si se trata de órganos administrativos).*” (Nieto, 2000, 26;15.)

Abordar con rigor y profundidad ésta y otras cuestiones, los cambios negativos que se están produciendo en la configuración material en el ámbito de los derechos sociales, las nuevas dinámicas del trabajo, y las consecuencias inevitables que todo ello comporta en la configuración de la administración de justicia como servicio público, es algo que debe afrontarse para que la judicatura asuma, de forma consciente, el trabajo a realizar, dentro del contexto político social y económico en el que este se desarrolla, y con respecto a singularidades que no pueden ni deben admitir la ausencia de justicia, como exigencia, fin, y sentido, del territorio común.

Por otro lado, no puede dejar de hacerse una pequeña reflexión a propósito de la insólita querrela contra el juez Garzón, el único que se ha tenido que sentar en el banquillo por los crímenes del franquismo. Una aberración histórica de tal calibre exige preguntarse sobre la cultura democrática y el *modus operandi* del aparato judicial.

## La larga sombra del franquismo

No es ninguna casualidad que en el Estado español, a diferencia de los otros países europeos, el fascismo no fuera derrotado militarmente. Ello explica, en parte, que la larga sombra del franquismo siga proyectándose en el imaginario cultural de los jueces. Prueba de ello es que -tal como explica Ramón Sáez-

el Tribunal Supremo afirma hoy sin rubor que la transición a la democracia se hizo de ley a ley, como si el estado de derecho fuera equiparable al estado ilegal de la barbarie, como si la ley fuera una mera forma compatible con la injusticia y la cultura de la legalidad democrática pudiera convivir con la negación de los derechos humanos. Al tiempo se afirma que la única razón de la independencia es la recta aplicación de la ley vigente. (Sáez, 2010, pp. 41-72.)

Ese sometimiento irreflexivo a la ley es el que abre la puerta al sentimiento de irresponsabilidad del juez ante los efectos de sus decisiones en la realidad juzgada.

La impunidad de los desmanes de los poderosos -del presente y del pasado- es un producto claro de esa dificultad de hacerse cargo de sus actos. Un lugar mental que reproduce, no necesariamente de forma consciente, unos intereses de casta social. En ello resulta clave la interiorización acrítica de una neutralidad formal, supuestamente apolítica, que desnaturaliza la lógica garantista que anida en los derechos fundamentales. Este *habitus profesional*<sup>3/</sup> es un potente inhibidor de una cultura democrática que impida coexistir pasiva-

---

<sup>3/</sup> *Habitus* de los jueces, en el sentido que utilizan los sociólogos el concepto elaborado por Pierre Bourdieu, como sistema de disposiciones duraderas que disciplinan las prácticas y las representaciones de los actores del campo jurídico que se convierten en principio generador de otras prácticas; ver una síntesis en A. García Inda (2000).

mente ante altas dosis de injusticia social. Y, como se ha dicho, se alimenta de la misma “*subcultura judicial*” de los profesionales de la jurisdicción que sirvieron a la dictadura.

Se trata de un espacio de socialización pre-democrática que, tal como afirma Ramón Sáez, en nada sustancial se ha visto modificado por acomodo a nuestro ordenamiento jurídico del discurso de los derechos fundamentales. Los propios jueces se erigieron en claro freno a la fuerza normativa de la Constitución. En ello tuvo un poderoso papel el Consejo del Poder Judicial cuando se desentendió de esa práctica judicial. Por otro lado, los nuevos órganos constitucionales, el Consejo y el Tribunal Constitucional, estimularon - como dice el autor citado-

un sentimiento de privación en los magistrados del Tribunal Supremo –hasta entonces cúpula de la jurisdicción y del poder disciplinario sobre las instancias inferiores-, que se resolvió mediante el reconocimiento de un estatuto diferenciado para sus miembros, que ellos negociaron directamente con los grupos parlamentarios, al margen del Consejo. (Sáez, 2010.)

En ese escenario, no resulta extraño que en ningún momento apareciera atisbo alguno de ruptura con los valores del pasado. La independencia judicial, de forma irremediable, quedó desvinculada de una cultura judicial que, en clave democrática, no abdicara de su función de control de los excesos provenientes del poder privado y público.

Llegados a este punto, debemos insistir en la promoción de una cultura judicial que reconozca las obligaciones estatales en materia de derechos fundamentales, tanto los civiles como los sociales, así como una auténtica defensa de un derecho internacional de los derechos humanos.

Se puede considerar así, y máxime en tiempos de crisis, si las reformas legislativas suponen, en cuanto a los concretos derechos sociales afectados, una gradualidad en su satisfacción plena desde la idea de *progresividad*, es decir, desde la mejora de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos en cuestión. La *prohibición de regresividad* supone, por su parte, que el Estado no pueda rebajar el nivel de protección y goce ya existente por medio de aquellas reformas, rebajando la situación de protección anterior.

Estas cuestiones no pueden abordarse desde una perspectiva meramente teórica. Resulta preocupante observar, desde los parámetros expuestos, las reformas legislativas que se han venido introduciendo en los últimos años, por gobiernos de uno u otro signo, y que inciden de una u otra forma en el derecho a la vivienda, por ejemplo.

La tutela de los derechos sociales, económicos y culturales por jueces y tribunales debería articularse partiendo de esa recomendación tan sugerente introducida por Michelle Taruffo:

Concierne a las reglas del Estado de derecho impedir que los derechos se transformen en cosas que se compran en el libre mercado y que corresponden únicamente al que dispone del dinero para apropiarse de ellas.

Partiendo de ello, debemos reivindicar el uso, en el razonamiento judicial, de un *criterio político sustantivo de protección de la parte más débil*, invocando al efecto las cláusulas esenciales de igualdad material y dignidad humana, contenidas en los Art. 9 y 10 de la Constitución Española, de aplicación directa.

Deviene esencial, así, rechazar de plano aquellas actuaciones automáticas o pasivas en la función judicial<sup>4/</sup>, adoptando, por el contrario, una actitud vigilante, que examine con rigor las demandas presentadas y los privilegios procesales que suelen acompañar a aquellas entidades que gozan de una indiscutible mejor situación que los ciudadanos individualmente considerados. Estamos pensando en ámbitos vinculados al consumo, a la negociación de contratos como préstamos con hipotecas o intereses abusivos, seguros, o arrendamientos de vivienda, entre tantos otros.

También en el ámbito penal cabe actuar bajo el prisma de considerar a este derecho como un instrumento que debe guiarse siempre por la aplicación más rigurosa del mismo en el caso de entidades poderosas que causan un grave daño social, criticando al mismo tiempo las reformas de corte populista que pretenden suplir al estado social, castigando la pobreza o la disidencia. El derecho no debe suplir aquello que la política no quiere abordar.

Para concluir, debe recordarse, citando a Pisarello, que los derechos sociales son derechos en construcción, cuyo desarrollo y eficacia compete en buena medida a los propios ciudadanos y grupos vulnerables. La cooperación, (utópica, pero no por ello desdeñable), entre estos colectivos y los *saberes* que puedan proporcionar los juristas para *empoderar* a estos movimientos resulta probablemente una buena vía para seguir fortaleciendo estos derechos, concebidos y practicados de esta forma no como un lujo, sino como una auténtica apropiación de *lo común*.

**Amaya Olivás** es magistrada del Juzgado de lo Social de Granollers.

<sup>4/</sup> “el juez no puede (y, en todo caso, no debe ) ser nunca un Paragraphenautomat, porque siempre hay “vacíos legales”, pero sobre todo porque está siempre la cuestión de la interpretación de la ley y, fundamentalmente, la cuestión de la equidad (...) Hay siempre una inadecuación entre la materia que ha de juzgarse y la forma misma de la Ley,-siendo la primera necesariamente concreta y la segunda abstracta y universal. Esta inadecuación sólo puede superarse mediante el trabajo creador del juez...” (Castoriadis,1998, pp. 227-230).

## Bibliografía citada:

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Andrés Ibáñez, P. (2005) "Para una ética positiva del juez". *Claves de Razón Práctica*, 152, 26-33.
- Andrés Ibáñez, P. (2007) *Qué modelo de juez*. Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/quemodelojuez.pdf>
- Atienza, M. (1998) "Las virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho". *Claves de Razón Práctica*, 86, 32-42.
- Bagués, M. F. (2007) "Las oposiciones: análisis estadístico". *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 59, 25-35.
- Barcellona, P., Hart, D. y Mückenberger, U. (1977) *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y ciencia jurídica*. Madrid: Ed. Civitas.
- Castoriadis, C. (1998) *El ascenso de la insignificancia*. Madrid: Cátedra.
- García Inda, A. (2000) "La razón del derecho: entre habitus y campo". Introducción al libro de P. Bourdieu *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Gómez, C. (2002) "Las razones de la formación inicial". *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 43, 11-18.
- Ferrajoli, L. (1999) *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Harvey, D. (2003) *Espacios de esperanza*. Madrid: Akal.
- Moro, G. (2010) "Introducción" a D. Kennedy, *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Nieto, A. (2000) *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- Olivas, A. (2009) *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*. Coord. Gerardo Pisarello. Ed. Bomarzo.
- Olivas, A. (2008) "Notas sobre la formación de los jueces". En R. Begalli e I. Rivera (coords.) *El poder académico y la educación legal*. Barcelona: Ed. Anthropos.
- Ost, F. (2003) "Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes (<http://www.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=8493>)
- Pisarello, G. (2003) *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*. Barcelona: Icaria.
- Pisarello, G. (2007) *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una deconstrucción*. Madrid: Ed. Trotta.
- Puyol, A. (2007) "La inteligencia emocional de los jueces". *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 56, 6-14.
- Sáez, R. (2010) *Los jueces y el aprendizaje de la impunidad. Mientras Tanto*, 114, 41-72.
- Smend, R. (1985) *Constitución y Derecho constitucional*. Madrid: CEC.
- Zagrebelsky, G. (1995) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2007) "Jueces por derecho y Azdak, juez por revés". *Revista de Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 56, 3-5.
- Zubiri, F. (2007) "Los retos de la formación social continuada". *Revista de Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 58, 87-100.