

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Jordan C. Sosa

DIRECTORES

DERECHO JUDICIAL

**El derecho de
creación judicial
a la luz del siglo xxi**

PRÓLOGO

Perfecto Andrés Ibáñez



BOSCH PROCESAL

¿Es la justicia el fin último del Derecho? ¿Deben los jueces administrar justicias o aplicar normas? ¿Hay contradicción entre esto? En definitiva...

¿Son los jueces, meros espectadores o protagonistas en la dinámica del sistema jurídico?

La justicia se ha encontrado siempre en el centro de la eterna cruzada iusfilosófica, muchas veces, alabada, anhelada, subestimada o incluso renegada. De ahí que resulte todo un reto desarrollar una obra sobre la justicia de forma, en lo posible, objetiva, sin asumir el inminente riesgo de ser acusados por alguna de las escuelas fundamentales que han construido este debate.

Más aún, si sobre la justicia, el juez, por la responsabilidad histórica que, sobre esta, la ciencia del Derecho ha delegado, lleva consigo la misión de abstraerla de una simple construcción teórica e idealista para expresarla como parte de la realidad social. Y quizás esta sea la razón de que la función del juez como póstumo paladín de la justicia sea descrita en muy diversos sentidos por “estas” (las clásicas escuelas de pensamiento jurídico), donde para algunas, el juez aparece como un guardián de la estricta legalidad que promulgan los llamados poderes representativos, siendo su exclusiva función la de aplicar el Derecho vigente, y para otras, el juez se presenta como una figura más proactiva y central del ordenamiento, escapando de la fría realidad de un mero autómatas jurídico, para desarrollar una función creativa de un Derecho *ex novo*, un Derecho viviente. Esta, se dice, con un fin último de complementar los posibles vacíos del ordenamiento legislativo, en virtud de su completitud, coherencia y eficacia.

En general, este texto expone uno de los grandes problemas de las Ciencias Jurídicas, aquel de decir qué es y en qué consisten la justicia y el Derecho mismo, así como las autoridades destinadas a administrarla o crearlo. El eterno debate por saber si son obras exclusivas del legislador o, si, por el contrario, el juez tiene en efecto una responsabilidad importante en la creación y efectividad de todo lo que implica la concepción propia del Estado constitucional de Derecho.

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Jordan C. Sosa
DIRECTORES

DERECHO JUDICIAL

El derecho de creación judicial a la luz del siglo XXI

PRÓLOGO
Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado Emérito del Tribunal Supremo
(España)

Barcelona
2022


BOSCH EDITOR

© ABRIL 2022 EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
JORDAN C. SOSA
DIRECTORES

© ABRIL 2022



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19045-20-1

ISBN digital: 978-84-19045-21-8

D.L.: B 1304-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

ÍNDICE

PRESENTACIÓ I.....	19
Eduardo de Porres Ortiz de Urbina	
PRESENTACIÓ II.....	23
Jordan C. Sosa	
PRÓLOGO	
EL JUEZ, LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA.....	29
Perfecto Andrés Ibáñez	
1. Preliminar	29
2. Un modelo que nunca fue tal.....	30
3. Constitucionalismo de derechos y modelo de juez	35
4. Interpretar y aplicar la ley	39
5. Una mirada sobre la jurisprudencia	45
PARTE I	
DEL DERECHO JUDICIAL EN GENERAL	
Fundamentos teóricos – iusfilosóficos del Derecho de creación judicial	
CAPÍTULO 1	
LA NATURALEZA DEL DERECHO: DE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO, DE LO JUDICIAL Y LO PARLAMENTARIO	51
Jorge Oliver Mondelo Tamayo	
Resumen.....	51
1. Introducción.....	52
2. El fenómeno jurídico en su complejidad	53
3. Reglas ¿y principios?.....	55

4.	Del neoconstitucionalismo al pos-positivismo	59
5.	Encuentros y desencuentros: parlamentos/legisladores – tribunales/jueces. Una mirada constitucional	61
6.	Conclusiones	67
7.	Referencias bibliográficas	68

CAPÍTULO 2

LA POLÉMICA IUSFILOSÓFICA SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO	71
--	----

Majela Ferrari Yaunner

1.	Introducción	71
2.	La concepción del Derecho en la historia iusfilosófica como cuestión trascendente	72
3.	Nuestro concepto de Derecho como presupuesto de análisis	78
4.	El alcance de la labor de los jueces	79
5.	¿Creación judicial del Derecho? Argumentos de un debate	82
6.	Conclusiones	89
7.	Referencias bibliográficas	90

PARTE II

DEL ORIGEN DE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Reflexiones generales a través de la historia

CAPÍTULO 3

LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN LA ANTIGÜEDAD: LA REALIDAD DE ROMA FRENTE A LA CREATIVIDAD DEL DERECHO	95
--	----

Joanna González Quevedo

1.	El Derecho como Ciencia y Arte de lo bueno y de lo justo. Notas introductorias	95
2.	Sobre la jurisdicción en Roma y el <i>iusedicere</i> (creación del Derecho). Evolución y tipología	99
3.	Conclusiones	106
4.	Referencias bibliográficas	107

CAPÍTULO 4

EN EL PRINCIPIO FUE LO JUSTO: LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EN ORIENTE ANTIGUO	111
---	-----

Yuri Fernández Vicedo

1.	Introducción	111
2.	<i>Maat</i> , Jueces y Derecho en Egipto	112
3.	Mesopotamia: obediencia y centralización de la justicia	118

4.	Conclusiones.....	126
5.	Referencias bibliográficas.....	126

CAPÍTULO 5

EL JUEZ Y LA CREACIÓN DEL DERECHO: APUNTES PARA UN ESTUDIO DESDE LA EDAD MEDIA Y LA EDAD MODERNA.....	129
---	-----

María Soledad Campos Díez

1.	Introducción.....	129
2.	El juez en la formación del derecho medieval de los reinos cristia- nos de la Reconquista	131
2.1.	Panorama general. Alta Edad Media, laboratorio jurídico...	131
2.2.	El Juez medieval creador de Derecho.....	134
2.3.	Recepción del Derecho Común y fortalecimiento del poder regio	139
2.4.	Derecho de creación judicial en textos jurídicos	143
3.	La Monarquía Hispánica: aplicación e interpretación de la ley	146
3.1.	Jurisprudencia moderna en la formación del Derecho	148
4.	Conclusiones.....	150
5.	Referencias bibliográficas.....	151

CAPÍTULO 6

LA REAL AUDIENCIA DE PUERTO PRÍNCIPE Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XIX.....	153
---	-----

Yadermis Tejeda Elías

Resumen.....	153
1. Introducción: A propósito de las fuentes del Derecho Indiano. Generalidades	154
2. La Real Audiencia de Puerto Príncipe.....	157
3. Apuntes sobre la inserción de la Audiencia en el entramado judicial cubano.....	159
4. Una aproximación al papel de los magistrados de la Real Audiencia en la creación del Derecho criollo	162
5. Conclusiones.....	172
6. Referencias bibliográficas.....	173

CAPÍTULO 7

NEOCONSTITUCIONALISMO Y NUEVAS FUNCIONALIDADES DEL PODER JUDICIAL. LOS JUECES: DE SIMPLES MODERADORES DEL SISTEMA POLÍTICO A ACTORES PRINCIPALES.....	175
---	-----

Javier Hernández García

1.	Introducción.....	175
----	-------------------	-----

2.	El Juez en las neoconstituciones	178
3.	Un nuevo juez, como exigencia del neoconstitucionalismo	180
4.	Las necesidades de reforma estructural de los sistemas institucionales de Justicia	186
5.	Conclusiones	188
6.	Referencias bibliográficas	189

PARTE III

DE LA AXIOLOGIA JUDICIAL Y LA CREACIÓN DEL DERECHO

Los principios y valores fundamentales en el Derecho de creación judicial

CAPÍTULO 8

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LOS VALORES SUPERIORES EN LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO	193
---	-----

Javier Sánchez Sánchez

1.	Introducción	193
2.	La creación judicial del Derecho	194
3.	¿Qué significa afirmar que los jueces crean Derecho?	199
4.	Los valores superiores	206
5.	Los principios jurídicos	209
6.	Conclusiones	213
7.	Referencias bibliográficas	214

CAPÍTULO 9

ÉTICA JUDICIAL	217
----------------------	-----

Eduardo Prados Frutos

1.	Introducción	217
2.	El componente mítico de la jurisdicción	218
3.	El servicio público de la justicia	220
3.1.	El Código ético en España	221
3.2.	Instrumentos internacionales	223
3.2.1.	Código de Bangalore	223
3.2.2.	Código Iberoamericano de Ética Judicial	228
3.2.3.	La Carta de los Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano	231
3.2.4.	Ámbito Europeo	232
4.	Lo moral y lo jurídico: valores y Derecho	234
5.	Conclusiones	241
6.	Referencias bibliográficas	243

CAPÍTULO 10

LA PONDERACIÓN Y LA OPOSICIÓN *COGNITIVISMO-NO COGNITIVISMO* ÉTICO 245

Alejandro González Monzón

1.	Introducción.....	246
2.	<i>Cognitivismo</i> y <i>no cognitivismo</i> ético. Precisiones conceptuales mínimas.....	248
3.	Esquema general de la ponderación	249
4.	La ponderación entre el <i>cognitivismo</i> y el <i>no cognitivismo</i> ético...	251
5.	Una nota a modo de ejemplificación propuesta por Alexy	254
6.	Conclusiones.....	259
7.	Referencias bibliográficas.....	259

PARTE IV

DE LA EXPRESIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

El valor normativo de las resoluciones judiciales
y la integración judicial de las fuentes formales

CAPÍTULO 11

LA FUERZA VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS..... 265

Eduardo de Porres Fernández, Gonzalo de Porres Fernández

1.	Introducción.....	265
2.	La jurisprudencia como fuente del derecho	267
3.	El valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	269
3.1.	El recurso de casación.....	269
3.2.	La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo..	272
4.	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional	279
5.	La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos....	281
6.	Vinculación a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	286
7.	La doctrina del precedente	291
7.1.	Precedente horizontal: Los Acuerdos de unificación de criterios.....	292
7.2.	El auto-precedente.....	294
8.	Conclusiones.....	297
9.	Referencias bibliográficas.....	299

CAPÍTULO 12

LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO EN LA ARGUMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES..... 301

Jordan C. Sosa, Belsaida Pérez Rodríguez

Resumen.....	302
1. Introducción.....	302
2. La argumentación jurídica en general.....	303
2.1. La argumentación judicial como forma de argumentación jurídica	305
3. La integración del Derecho en la argumentación de las decisiones judiciales.....	306
3.1. Argumentación judicial de los principios constitucionales .	306
3.2. La creación y delimitación del Derecho en la argumentación de las decisiones judiciales	308
4. Instrumentos de integración judicial del Derecho en las resoluciones judiciales	310
4.1. Instrumentos formales	311
4.2. Instrumentos materiales.....	313
5. La argumentación y la creación judicial del Derecho entre la independencia y la seguridad jurídica	314
6. Conclusiones.....	315
7. Referencias bibliográficas.....	315

CAPÍTULO 13

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN: REFLEXIONES EN SEDE PENAL	317
---	-----

Alina de Fátima Santana Echerri

1. La importancia de la Constitución en la argumentación judicial. Especial referencia a la materia penal.....	317
1.1. La supremacía constitucional y su impacto en la argumentación judicial.....	319
2. Las raíces constitucionales del Derecho penal	326
3. La argumentación judicial en materia penal. Particularidades y fundamentos de cara a la Constitución	332
4. Conclusiones.....	336
5. Referencias bibliográficas.....	337

CAPÍTULO 14

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO Y EL CAMBIO DE PARADIGMAS EN UN CONTEXTO DE REFORMA	343
--	-----

Carlos Justo Bruzón Viltres

Resumen.....	343
1. Introducción.....	344
2. El sentido y alcance de la validez de las fuentes	348

3.	Paradigmas y rupturas	356
4.	La jurisprudencia como fuente del Derecho en Cuba	360
5.	Conclusiones	369
6.	Referencias	370

CAPÍTULO 15

EL DERECHO DE CREACIÓN JUDICIAL: LOS PRINCIPIOS Y LA JURISPRUDENCIA EN EL LENGUAJE CREATIVO DE LOS JUECES	375
---	-----

Jordan C. Sosa

Resumen	375
1. Introducción	376
2. Sobre la creación del Derecho en general	377
2.1. Algunas reflexiones al respecto de la creación judicial del Derecho	384
3. Las fuentes formales del Derecho y la formación del ordenamiento jurídico	389
3.1. La integración judicial de los principios generales del Derecho	394
3.2. La complementación jurisprudencial del ordenamiento jurídico	398
4. El garantismo de la creación judicial frente a la tesis de la arbitrariedad y el empoderamiento	404
5. Conclusiones	409
6. Referencias bibliográficas	410

PARTE V

DEL DERECHO DE CREACIÓN JUDICIAL

Reflexiones en torno al Tribunal Supremo del Reino de España y el Tribunal Supremo de la República de Cuba

CAPÍTULO 16

LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y EL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO DE ESPAÑA	415
--	-----

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa

Resumen	415
1. Introducción	415
2. La fuerza vinculante de la Jurisprudencia y su relación con el poder normativo de los Jueces	418
2.1. Tesis contraria al valor vinculante de la Jurisprudencia	418
2.2. Tesis favorable al valor vinculante de la Jurisprudencia	420

2.2.1. La prohibición de <i>non liquet</i>	420
2.2.2. El principio de seguridad jurídica.....	422
3. Valor de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ordenamiento jurídico español.....	423
4. Supuestos en los que se reconoce legalmente fuerza vinculante a una única sentencia del Tribunal Supremo.....	426
5. Conclusiones.....	429
6. Referencias bibliográficas.....	430

CAPÍTULO 17

EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA REPÚBLICA DE CUBA Y SU CONSEJO DE GOBIERNO COMO FUENTES DE AUTORIDAD CREADORA DE DERECHO	433
--	-----

Juan Mendoza Díaz, Luis Alberto Hierro Sánchez

Resumen.....	433
1. Introducción: El problema de las fuentes formales del Derecho en el ámbito normativo cubano actual. A guisa de introducción	434
2. Las fuentes formales del proceso civil cubano.....	437
3. Papel del Tribunal Supremo como autoridad creadora de Derecho	440
3.1. Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Asidero constitucional y legal.....	440
3.2. Las Instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo y su capacidad para adaptar las normas vigentes al pulso de la sociedad cubana	442
3.3. Los dictámenes del Consejo de Gobierno y su valor como fuentes formales.....	446
4. Las Instrucciones y los Acuerdos del CGTSP y su equiparación a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho	447
5. El artículo 40 de la LPCALE como fuente generadora de actuaciones procesales.....	451
6. Conclusiones.....	452
7. Referencias bibliográficas.....	453

PARTE VI

DEL DERECHO JUDICIAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

**Fundamentos constitucionales del Poder Judicial
y el Derecho de creación judicial**

CAPÍTULO 18

**EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DEL REINO DE ESPAÑA. FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONALES Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA.....**

457

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

1.	Introducción: Constitución y Poder Judicial en España. Reflexiones desde la historia.....	457
2.	El principio de división de poderes	461
3.	Poder Judicial y Administración de Justicia	464
4.	La independencia judicial	466
4.1.	Concepto	466
4.2.	La inamovilidad	468
4.3.	Incompatibilidades y prohibiciones.....	470
4.4.	Inmunidad judicial	471
4.5.	Independencia económica	471
4.6.	Régimen de asociación profesional	472
4.7.	Protección de la independencia judicial	473
5.	Principios de monopolio, exclusividad y reserva de la jurisdicción	475
5.1.	El monopolio estatal de la jurisdicción.....	475
5.2.	Principio de reserva de jurisdicción.....	476
5.3.	El principio de exclusividad de la función jurisdiccional	477
6.	Principio de unidad jurisdiccional	478
6.1.	La jurisdicción como competencia exclusiva del Estado	478
6.2.	Prohibición de las jurisdicciones especiales	480
7.	El juez y la tutela judicial efectiva	481
7.1.	Derecho a la tutela judicial efectiva.....	483
7.2.	Derecho a la acción	483
7.3.	Prohibición de la indefensión	484
7.4.	Derecho al juez predeterminado por ley	484
7.5.	Derecho al juez imparcial.....	484
7.6.	Derecho a la publicidad del proceso	485
7.7.	Derecho a la defensa.....	485
7.8.	Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	486
7.9.	Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes	487
7.10.	Derecho a la motivación de las sentencias	487
8.	Conclusiones.....	488

9.	Referencias bibliográficas.....	490
----	---------------------------------	-----

CAPÍTULO 19

EL ESTADO CONSTITUCIONAL: TIPOLOGÍAS NORMATIVAS DE LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN.....	493
--	-----

Alfonso de Julios-Campuzano

1.	Al servicio de la asepsia: el paradigma cientificista del derecho en la teoría jurídica positivista.....	493
2.	El Estado (precario) de Derecho: formalismo jurídico, legicentrismo y Constitución.....	497
3.	La Constitución como norma directiva garantizada	502
4.	Rematerialización constitucional y constitucionalización del ordenamiento jurídico	507
5.	Conclusiones.....	514
6.	Referencias bibliográficas.....	517

CAPÍTULO 20

LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA CONDICIÓN DE «LEGISLADOR NEGATIVO» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	519
--	-----

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz

1.	Introducción.....	519
2.	Fórmulas básicas de aplicación judicial de la Constitución	520
3.	La <i>bipolaridad</i> de la justicia constitucional como origen de potenciales conflictos entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional	524
4.	Una tendencia (imparable) hacia el eclecticismo	527
5.	Una relación y función «poliédricas».....	529
6.	La dialéctica justicia constitucional y justicia convencional	530
7.	Relaciones entre la Justicia ordinaria y la justicia constitucional: planos de potencial conflicto	532
8.	El amparo jurisdiccional: punto de confluencia y zona de conflicto en el modelo español de justicia constitucional.....	536
9.	El <i>blindaje competencial</i> del Tribunal Constitucional como fórmula para evitar el conflicto con la justicia ordinaria	542
10.	Hacia una mejor articulación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional (¿es posible?)	544
11.	Conclusiones.....	546
12.	Referencias bibliográficas.....	546

CAPÍTULO 21

LA CREACIÓN DEL DERECHO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL REINO DE ESPAÑA: APUNTES JURISPRUDENCIALES A LA LUZ DE NUEVAS PERSPECTIVAS.....

549

Andrés Ollero Tassara

Resumen.....	549
1. Introducción.....	550
2. Se diversifica la igualdad ante la ley.....	550
3. Desigualdades nada razonables.....	552
4. ¿De la ley a la ley?.....	552
5. Las señoritas del 09	554
6. Armonizar competencias	554
7. Seres humanos que no son personas.....	556
8. Una situación embarazosa	557
9. Discriminación indirecta	558
10. Nace un nuevo derecho fundamental	559
11. La reforma del recurso de amparo.....	560
12. Sentencias interpretativas sobre el estatuto de Cataluña	562
13. Estado laico con patrona.....	563
14. Dos exigencias de conciencia.....	564
15. Libertad ideológica disfrazada de vida personal y familiar	566
16. Conclusiones.....	567
17. Referencias bibliográficas.....	567

CAPÍTULO 22

LA SELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL PAPEL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

569

Luis Javier Mieres Mieres

1. Introducción.....	569
2. La relevancia de la composición del vértice judicial	570
3. El estándar europeo sobre los procedimientos de selección de los magistrados integrantes de los altos tribunales.....	571
4. La regulación del nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo.....	574
4.1. Atribución de la función de nombramiento a un órgano independiente: el Consejo General del Poder Judicial.....	575
4.2. La configuración del nombramiento como acto discrecional: la evolución jurisprudencial sobre los límites de la discrecionalidad en el nombramiento y su cristalización normativa	577

4.3.	Los requisitos objetivos para el nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo: turno judicial y turno de juristas.....	581
4.4.	La decisión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial: la mayoría exigida.....	582
5.	Conclusión	584
6.	Referencias bibliográficas.....	584

PRESENTACIÓN I

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España

Hace muchos años, ya demasiados, cuando estudié la licenciatura de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid no recuerdo que se hablara del «Derecho Judicial» o que a esta parcela del Derecho se le diera alguna importancia. Hubo referencias muy puntuales en la asignatura de Filosofía del Derecho y poco más.

Años después decidí ingresar en la Carrera Judicial y a ella he dedicado la mayor parte de mi vida profesional, y las reflexiones sobre la importancia y la trascendencia de la función judicial han sido una de mis mayores preocupaciones en lo personal y en lo profesional. En lo personal porque como la mayor parte de los jueces, sino la totalidad, aspiramos a cumplir nuestra función con honestidad y con la mayor competencia, y en lo profesional porque el ejercicio de la función jurisdiccional nos obliga a repensar cada día qué es la justicia y de qué instrumentos hemos de valernos para alcanzar la mejor solución de cada conflicto. Es una tarea permanente y siempre inacabada.

En los últimos tiempos los jueces ocupan un papel cada vez más relevante en la vida pública y la justicia empieza a ser una de las preocupaciones sociales de mayor calado, probablemente porque en las sociedades modernas, por su dinamismo, los conflictos son más numerosos y el Derecho es el instrumento fundamental para su resolución. Afortunadamente la violencia está dando paso progresivamente al Derecho, a los acuerdos, a la mediación y a un nutrido grupo

de instrumentos pacíficos dirigidos a solucionar los conflictos de forma razonable y comprensible.

Pero en todas las sociedades preocupa y mucho como deciden los jueces y qué nivel de independencia tienen respecto de otros poderes institucionalizados o de otros poderes factuales como los económicos o mediáticos, en ocasiones tan poderosos como los primeros.

También preocupa su grado de honestidad ya que la corrupción es el peor de los males que puede asolar la justicia y debe combatirse con determinación y sin contemplaciones.

Por último, preocupa su eficiencia. En la actualidad la administración de justicia conforma un aparato administrativo de creciente envergadura, con ingentes problemas de gestión y que debe enfrentarse a procesos en masa. Acudir a un juzgado ya no es una anécdota en la vida de una persona sino algo que se está convirtiendo en una contingencia ordinaria. Esa nueva realidad obliga a nuevos procesos de organización y a la utilización de las mejores técnicas de administración para conseguir la mayor eficiencia en la gestión de los procesos. La concentración de órganos, la especialización de los profesionales, la utilización de la informática, el uso generalizado de los nuevos medios de comunicación constituye herramientas de las que no se puede prescindir y que deben ser objeto de una rápida implantación, por más que den lugar a nuevos retos y problemas.

Esta obra, que ahora ve la luz después de tantos esfuerzos, trata de responder a algunos de estos nuevos retos y es una contribución más a la necesaria reflexión en torno a la justicia, al Poder Judicial y a la función jurisdiccional.

Profesionales jurídicos de la Academia, de la Carrera Judicial y de la Abogacía, cubanos y españoles, han contribuido con sus doctas aportaciones a alumbrar una obra colectiva que aborda con coherencia cuestiones de la máxima relevancia para la comprensión de la función judicial.

Es muy enriquecedor que los autores pertenezcan a dos países que, si bien tienen actualmente una organización política diferente, comparten idioma, tradición jurídica e historia y, sobre todo, mantienen una entrañable relación de afecto por haber formado parte de una misma nación durante siglos.

Pero esta singular colaboración entre profesionales de dos países pone de manifiesto también una realidad que se impone y que he percibido en mis muchas visitas a distintos países de América Latina. Los problemas fundamentales del Derecho son similares en todos los países. Todos nos enfrentamos a los mismos interrogantes, a las mismas carencias y a similares objetivos y las experiencias de cada país son útiles e intercambiables, por esa razón las distintas aportaciones que se realizan en los trabajos de este libro a buen seguro serán de utilidad en

nuestros dos países y en todos aquellos otros en que se publiquen, singularmente de América Latina.

La obra que presentamos se divide en seis capítulos. El primero, bajo la denominación de «Derecho Judicial», aborda cuestiones generales relacionadas con la función del juez como creador del derecho, así como los fundamentos teóricos iusfilosóficos de este frente a la lógica funcional del resto de los poderes del estado.

A veces se identifica la justicia con la función judicial, pero es una identidad falsa. La justicia es un concepto mucho más amplio que implica a los restantes poderes del Estado. Como dijo John Rawls, la justicia es la primera de las virtudes sociales, y precisa de una adecuada ordenación de las distintas instituciones, de ahí que resulte esencial determinar el papel de la organización judicial en su relación con el resto de poderes.

El segundo capítulo incorpora importantes aportaciones sobre la «Creación judicial del Derecho». En los distintos trabajos se hace un detallado recorrido histórico sobre esta cuestión, desde la antigüedad hasta nuestros días, porque se trata de uno de los debates fundamentales de la Teoría General del Derecho.

En los países de tradición anglosajona los jueces siempre tuvieron un papel importante en la definición de las normas, pero en los países de tradición continental, como los nuestros, se ha pasado de un originario recelo al protagonismo del juez en este campo, resumido en la expresión «el juez es la boca muda de la ley», contenida en el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, a una creciente importancia. Y es cambio no es casual, tiene razones de peso.

Aunque el juez carece de legitimidad democrática para establecer un mandato general como la ley, su labor interpretativa es cada vez menos rígida debido a la diversidad de fuentes que componen el ordenamiento jurídico, y también a que se ve en la obligación de aplicar no sólo leyes sino principios constitucionales, de textura abierta y de significados imprecisos, que permiten una actividad judicial más creativa y adaptable a la realidad social.

El tercer capítulo incide brevemente en una cuestión capital del ordenamiento jurídico y del ejercicio de la función judicial en general, aquella referida a los principios y valores fundamentales presentes en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y por ende en su función propiamente creativa.

El cuarto capítulo está dedicado al estudio del valor de las resoluciones judiciales, analizando temas tan trascendentales como la fuerza vinculante de las sentencias y el valor de la jurisprudencia en la complementación del ordenamiento jurídico. También se aborda el estudio de otras cuestiones de enorme relevancia como la argumentación jurídica y la integración de las fuentes formales como práctica instrumental en la creación judicial del Derecho.

En este mismo sentido, el capítulo quinto, continua las reflexiones sobre la creación judicial del derecho, pero desde una perspectiva más concreta, analizando su relevancia específica en los sistemas jurídicos de Cuba y España, y, por último, el sexto capítulo complementa la obra con una serie de estudios que desde la doctrina constitucional inciden en la función judicial. Importantes aspectos del estudio, pues en las sociedades modernas la Constitución se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa y el Poder Judicial se concibe como un poder constitucional cuya legitimidad no deriva generalmente del voto popular sino de la sujeción de los jueces a la ley y al Derecho. Son los jueces y tribunales los que tienen como función esencial garantizar que tanto la Constitución como las normas y principios fundamentales del ordenamiento jurídico se cumplan. Esa es su fuerza y la fuente de su legitimidad, de ahí la importancia de reflexionar sobre su posición institucional.

En general, hemos pretendido componer una obra con una estructura bien definida, que aborde los problemas y cuestiones más relevantes que incidente en la función jurisdiccional y que ofrezcan una panorámica general y un análisis completo de este espacio del Derecho, pero desde la diversidad, con aportaciones e interpretaciones doctrinales distintas de cada uno de los temas analizados.

Y como, en definitiva, el libro trata de la «justicia», no sería justo terminar esta breve presentación sin reconocer la admirable contribución de Jordan C. Sosa, de la Universidad de La Habana, sin cuyo impulso decidido y sin cuya determinación no hubiera sido posible esta obra. A él se debe la iniciativa y el entusiasmo que la han hecho posible.

PRESENTACIÓN II

Jordan C. Sosa
Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba)

El título que defiende esta obra, el Derecho Judicial –o derecho de creación judicial– en una revisión no muy exhaustiva de la historia del Estado y el Derecho, quizás represente una de las clásicas incertidumbres de la doctrina jurídica. Una que, en definitiva, está referida a la incesable pregunta, ¿Qué es el Derecho? y, por tanto, ¿Quién está destinado a crearlo?

La formulación de esta pregunta, nos lleva a recordar las palabras de H. L. A. Hart, hace ya unos 60 años, cuando con una expresión, aparentemente conformista, sostuviese en su obra, *–El Concepto del Derecho–*, que: «pocas han sido las preguntas referentes a la sociedad humana que han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por grandes pensadores de maneras tan diversas, extrañas y aún paradójicas como la pregunta ¿Qué es Derecho?».

Se trata, entonces, de dos temas centrales de la teoría jurídica que aún en la actualidad no encuentran un consenso entre las diferentes posiciones que han asumido –o al menos intentado responder– la difícil misión de decir, que es y quien debe crear el Derecho. Sin embargo, al menos a la luz de las definiciones expuestas por las clásicas escuelas del pensamiento jurídico, la creación del Derecho, ha resultado el más complejo y controvertido de ambos. Definitivamente, ha representado un tema que llama a la adversidad, pues, se trata directamente, del reconocimiento de ciertos ámbitos de poder.

Ámbitos de poder matizados, al menos desde una perspectiva histórica, por la instauración es del positivismo jurídico, a partir del cual, todo el debate sobre cualquier forma de creación del Derecho que fuese ajena a la propiamente parlamentaria, encontraba un rechazo más contundente con la transición del antiguo régimen al Estado legislativo. Es decir, el nuevo Estado se creaba a partir de la absolutización alcanzada por el positivismo legalista, el cual, como consecuencia directa a su imposición, ofrecía una visión del Derecho completamente reduccionista, quedando todo significado de este, restringido a la ley, así como sus creadores, al legislador.

La concepción del estado legislativo, aun con la llegada de la teoría de Montesquieu, en su obra *–Espirit Des Lois–*, a las luces del siglo XVIII, constituyó en gran medida un abandono de la doctrina de las fuentes formales del Derecho, quedando la lógica de la justicia, los principios o los valores del fenómeno jurídico en una retórica de incoherencia e ineficiencia, así como los jueces, en sus palabras debían limitarse a ser la boca muda que pronunciase las palabras de la ley.

Sin embargo, el advenimiento del siglo XX, marcaba una nueva etapa para la teoría jurídica, una etapa de reapertura que daba cabida al cambio y a la evolución del Estado legislativo, a un estado superior basado en la lógica de la constitución, es decir, el constitucionalismo, o neoconstitucionalismo construía una nueva dimensión del Derecho desvinculada de la tesis de la estricta legalidad, adquiriendo un papel relevante para el ordenamiento jurídico, principios de funcionalidad jurídica como la interpretación, la argumentación y, por supuesto, la creación del Derecho. Podría decirse, que la reapertura de la doctrina jurídica reivindicaba la naturaleza, contenido y finalidades de estos principios en el Estado constitucional.

En el caso específico de la creación judicial como forma de expresión del fenómeno jurídico, el siglo XX redimensionaba todo el sentido en el que había sido sostenido el debate, y aquellos fundamentos absolutistas que veían en la creatividad de los jueces un potencial peligro para el Estado de Derecho, comenzaban a caer por su propio peso. Es decir, iniciaba reincorporarse la creación judicial como una forma de expresión del fenómeno jurídico, que lejos de ser contraria a los principios más elementales del ordenamiento jurídico, resultaba en una fórmula complementaria de las posibles lagunas del imperio de la ley.

Sin embargo, ciertamente a pesar de las reconquistas de la teoría jurídica en los campos de la interpretación o la argumentación, la figura del juez, en muchos aspectos, continuaba representando el objeto esencial del sistema jurídico que debía ser controlado, esto sobre el antiquísimo argumento de que su efectiva independencia pudiera llegar a representar un peligro para los derechos y libertades de los ciudadanos, es decir, en lo fundamental, las clases políticas buscaban mantener un control de los jueces.

Sobre esto último, resultan muy oportunas las reflexiones de Gustav Radbruch (1951), autor que, como tantos otros, compartía la visión y preocupación de la insuficiencia de la ley para la eficacia del ordenamiento jurídico, así, en este sentido, sostuviese, respecto a las implicaciones del estricto legalismo:

(...) «Ha de resultar utópico y hasta desagradable representarse al juez como un simple aparato registrador, como un verdadero autómatas jurídico, como un mero instrumento del Derecho, a quien no se le deja el menor margen para apreciar o valorar, a quien se le niega la posibilidad de manejar la justicia, y la equidad y que, por consiguiente, debe considerarse más como un esclavo de la seguridad jurídica que como servidor de la justicia» (...) (Radbruch, 1951, p 123-124).

Y es que, en general todo el discurso detrás de la creación judicial –y como especial interés de esta obra– representa un discurso de posibilidad y habilitación de la justicia como supremo fin del Derecho en todos los espacios de la realidad jurídica contemporánea, que lejos de considerar –al menos por nuestra parte– una mera utopía, interesamos con la realización de este texto, ofrecer nuevas perspectivas del fenómeno de la creación judicial, así como los instrumentos y mecanismos fundamentales, que desde su integración, conforman las principales expresiones materiales del Derecho Judicial, así como su función complementaria del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la idea sobre la cual es construida esta obra, no se limita únicamente al tema de la creación judicial del Derecho, pese a la centralidad que el tema posee en la actualidad del debate jurídico, y más aún en este texto, lo cierto es que toda su estructura viene complementada con la presencia de un grupo importante de instituciones jurídicas del ámbito judicial que si bien, no tienen que ver directamente con la creación judicial del Derecho, si representan objetos importantes de la propia existencia y funcionalidad del poder judicial, como legítimo poder del estado. En cierto sentido, la integralidad del texto realiza un homenaje –a nuestro entender– más que oportuno, al garantismo que representa el ejercicio de la función jurisdiccional como vértice del Estado de Derecho, el único, por demás, regido estrictamente por el mandato de la justicia, o como afirmase Javier Pérez Royo, aquel que representa el momento jurídico del estado, y para el cual el momento político pertenece al pasado. (Pérez Royo, 2000).

En lo demás, de forma descriptiva sobre la estructura de la obra, esta se ha compuesto con toda intención de dos momentos cumbres que permiten un mayor grado de expresión y coherencia de los contenidos vertidos sobre la creación judicial del Derecho.

En primer lugar, su origen histórico, pues, en definitiva, se puede dar esta obra de que la existencia de este fenómeno no se limita a los últimos 400 años, sino que encuentra su partida en los mismos inicios del orden constituido, por eso,

a estos supuestos están dedicados los dos primeros capítulos que dan apertura a esta obra.

Ahora bien, por otro lado, y quizás sea este el factor principal tras la realización de la misma: el redimensionamiento del fenómeno, es decir, ofrecer un análisis jurídico e instrumental sobre el tema de la creación judicial del Derecho como legítima función garantista y complementaria de toda la lógica del ordenamiento, un fenómeno que no se restringe a reflejar una voluntad política prescrita en normas autoritarias, sino, un fenómeno que basa su existencia en la constante búsqueda de la justicia.

Tal como sostuviese René Marcic (1997):

(...) «*La creatividad de los jueces debe comprenderse, como la realización de un Derecho que está antes que el Estado, como el centro de la justicia que, por su esencia, sólo es accesible para el juez; el juez, se dice, es dueño de un poder originario creador de Derecho*» (Marcic, R., 1997, p. 89).

En general, sobre estas reflexiones solo podemos concluir que la creación judicial del Derecho, como tantos otros temas de la teoría jurídica que han sido expulsados de toda lógica admisible en la propia formación del ordenamiento por las incesables luchas de poder que han caracterizado siempre las tradicionales fórmulas de composición de aquellas instituciones –poderes– llamados a representar la soberanía nacional y el ejercicio de la función política del Estado. De cierto modo, la implementación de las alternativas que se plantean en la base del positivismo jurídico, conlleva ineludiblemente a una ruptura del pretendido principio de la separación de poderes, toda vez que, la formación y complementación del ordenamiento estaría en dependencia de la forma de gobierno, es decir, parlamentaria, para la cual la concentración de poder y la capacidad de formar y complementar el ordenamiento recaían únicamente en el legislativo, o por otro lado, el presidencialismo, sistema de gobierno en el que la acumulación mayoritaria de poder se concentra en el Ejecutivo, declinando una vez más el anhelado equilibrio que debía prometer esa separación de poderes.

En definitiva, fórmulas todas que nada tienen que ver con el auténtico sentido del Estado de Derecho, para el cual, la posible creatividad judicial ha de representar una alternativa frente al unilateralismo que ofrece el absolutismo legalista.

Es en virtud de todo ello que esta iniciativa se propone presentar una obra heterogénea, con contribuciones de diferente naturaleza, desde artículos de contenido histórico, de contenido comparado e incluso relatorías de experiencias jurisprudenciales, donde ya fuese por su complejidad o falta de claridad normativa, en efecto, la función jurisdiccional ha derivado en acciones eminentemente creativas de nuevo Derecho.

Por último, y como bien hemos rescatado con anterioridad, si esta obra trata de la justicia, como cerrar estas ideas, sin nuestro reconocimiento a quienes han hecho de este proyecto una realidad, en primer lugar, al Ilmo. Dr. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, Magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España, quien, desde la mera configuración de la idea, ha aportado en todo sentido a la elaboración definitiva de este texto, uno que, como bien hubiésemos destacado en muchas ocasiones, es el resultado de la experiencia de dos sistemas jurídicos actualmente diferentes, pero que conformamos una misma nación durante siglos, y que en virtud de ello, en la actualidad compartimos una vasta cultura jurídica.

En igual medida, y recuperando el honor que hacemos a la justicia, no podemos dejar de agradecer a todos y cada uno de los autores que conforman este proyecto, a ellos se debe realmente este noble resultado, quienes desde su dedicación y motivación han construido una obra diversa y adaptable a las actuales tendencias de la doctrina jurídica y de las transformaciones de la sociedad y el estado. A ellos nuestro especial reconocimiento y agradecimiento.

PRÓLOGO

EL JUEZ, LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado Emérito del Tribunal Supremo (España)

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Un modelo que nunca fue tal. 3. Constitucionalismo de derechos y modelo de juez. 4. Interpretar y aplicar la ley. 5. Una mirada sobre la jurisprudencia.

1. Preliminar

La del juez es hoy una función constitutivamente ambigua. En efecto, ya que consiste en un ejercicio de poder, como tal, inevitablemente expuesto al abuso. Pero, al mismo tiempo, concurre la circunstancia de que aquel, como titular, tiene asignado un relevante papel constitucional de garante de derechos.

Esta función aparece connotada por una, diría, natural arrogancia. Y es que, cabe decir, el cometido profesional del juez consiste en dar o quitar la razón, lo que podría sugerir que «lo suyo» es tenerla siempre y por principio. Sin duda, hay jueces que efectivamente lo creen y se autoatribuyen sin el menor fundamento semejante *don* como por una cuestión de carisma. Pero no hay tal, pues lo cierto es que, para tener razón, el juez debe cargarse de ella en concreto, en cada caso, observando las reglas de adquisición del conocimiento racional y las propias de la disciplina constitucional y legal del proceso.

Montesquieu (1972, p. 152) vio, con sobrado fundamento, en el «de juzgar», un «poder terrible». Y esto explica la pretensión históricamente bien acreditada de sustraerle o limitar drásticamente su capacidad de decidir. Un propósito con acabada expresión en el feudal régimen de las ordalías, animado, nada menos, que por la pretensión de *llamar en causa* (nunca mejor dicho) a la Providencia. Como es sabido, esta no está o no se dio por aludida, y tal fue la razón, junto con otras

menos metafísicas, del tránsito al régimen de prueba legal. Paradójico régimen, en el que el juzgador, inhabilitado para la valoración de la prueba, dispuso, en cambio, de la terrible potestad de aplicar la tortura como instrumento procesal, mediante una evaluación en extremo discrecional de ciertos indicios habilitantes a ese efecto. Todo con el terrible argumento de que «la sospecha justa es punible» (De Castro, 2009, p. 128).

A estos intentos seculares, ciertamente fallidos, de circunscribir dentro de estrictos límites la capacidad de decisión del juzgador, al fin, de hecho, por la asunción del régimen de libre convicción (como convicción íntima) exento de *ataduras*, seguirían otros. Ciertamente que movidos, más que por el propósito de dotar de garantías al tratamiento de las pretensiones del justiciable, por el directamente político de neutralizar el poder corporativo de los jueces (en el caso de la Revolución Francesa) o de integrarlos en una relación de subalternidad en el ámbito del ejecutivo (en el diseño napoleónico).

Con el tiempo y no sin dificultad, dentro del constitucionalismo de última generación, la función judicial, como expresión de un poder del estado, aparecerá idealmente rodeada de un acabado régimen de garantías —de carácter jurídico y también epistémico— para asegurar el buen cumplimiento de su cometido institucional de «decir el derecho». A dar breve cuenta de algunos aspectos de ese proceso histórico y, en particular, a discurrir sobre las peculiaridades de este último, se dedicarán las consideraciones que siguen.

2. Un modelo que nunca fue tal

Con la Constitución francesa de 1791, se produciría un intento de sujeción de los jueces a la legalidad, destinado durar. Es el representado por el establecimiento del Tribunal de Casación, ubicado en el área del legislativo, con la atribución a este de la resolución de las cuestiones interpretativas, por la vía del *référé législatif*. En 1802 Napoleón Bonaparte completaría este diseño, con la atribución de la presidencia del Tribunal de Casación al ministro de Justicia, investido también de funciones de vigilancia y disciplina de los integrantes de la judicatura, encuadrados a partir de ahora en un aparato burocrático férreamente jerarquizado y vertical. Un sistema organizativo llamado a prevalecer en los países de la Europa continental y en los de su ámbito de influencia, con relevantes consecuencias en el modo de la relación juez/ley así como en la producción y el papel de la jurisprudencia.

En el *modelo* resultante, igual que la organización castrense, la administración de justicia, piramidal en su configuración, se encuentra estructurada en un sistema de grados. La posición de cúspide corresponde a un Tribunal Supremo

—integrado por magistrados (expresivamente llamados *ministros* o *jueces supremos* en algunos casos) cooptados políticamente— que actúa como *longa* (o incluso *brevi*) *manus* del poder ejecutivo y bajo su dependencia, y encarna el máximo rango en el orden jurisdiccional y también en el administrativo, pues tiene asignado el *gobierno* de los jueces escalafonados formando una *carrera*. En el plano inmediatamente inferior de la pirámide están los órganos (normalmente colegiados) de segunda instancia y, por debajo, los (generalmente unipersonales) de la primera. Los profesionales de la jurisdicción son *funcionarios*¹, burocráticamente incorporados a ese *ranking*, en el que la progresión implica un incremento del prestigio profesional y social y una significativa mejora salarial. Este hecho imprimirá en ellos una fuerte tensión permanente o estímulo hacia el ascenso, cuyo logro dependerá del grado de adecuación de sus actitudes y actuaciones (en lo jurisdiccional y no solo) a los criterios y las expectativas del vértice corporativo, con lo que ello implica de fuerte inducción al conformismo en la adopción de las decisiones, y de dependencia, por tanto². Un efecto este extraordinariamente potenciado, en aquellos países en los que la permanencia de los jueces en el ejercicio de la función está condicionada al resultado positivo de una periódica evaluación (ampliamente discrecional) cada cierto número de años, llevada a cabo por integrantes de la cúspide organizativa³.

Según se ha visto, el resultado de tal configuración orgánica es que la articulación jerárquica se proyecta y penetra en el régimen de instancias, de modo que la relación que media entre los jueces ubicados en cada una de estas, no es

- 1 «La doble calidad de juez y de funcionario que “hace carrera” —ha escrito Georges Boyer Chamard— es una alianza *contra natura*, una contradicción» (Boyer, 1985, p. 54).
- 2 Piero Calamandrei, pensando en los jueces, se refirió muy expresivamente al conformismo como «terrible morbo de los burócratas [...] una enfermedad mental similar a la agorafobia: el terror de su propia independencia» (Calamandrei, 1956, p. 277). Domenico R. Peretti Griva, un muy prestigioso juez italiano, escribió muy lúcidamente: «para un magistrado, el conformismo es, de por sí, un comportamiento inmoral» (Peretti Griva, 1953, p. 225).
- 3 Es, por ejemplo, el caso, ciertamente paradigmático en el peor de los sentidos, de Perú, cuya Constitución (artículo 154, 2) prevé el sometimiento de jueces y fiscales a evaluación y ratificación cada siete años, en términos de la más abierta discrecionalidad, para lo que es competente la Junta Nacional de Justicia. El artículo 36 de la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia de 19 de febrero de 2019, bajo el rótulo «Criterios de ratificación», dispone que «a efectos de la ratificación la Junta Nacional de Justicia considera criterios de conducta e idoneidad, evaluando entre otros la eficacia y la eficiencia en el desempeño funcional, así como la calidad de las resoluciones emitidas». (Monroy Gálvez, 2020, pp. 340-343).

meramente procesal sino también, o sobre todo, político-administrativa, de supra y subordinación. Lo que quiere decir que cada tribunal *ad quem*, además de competente para conocer de la sentencia impugnada, contará, regularmente, con alguna clase de atribuciones, directas o indirectas, en las materias de promoción y disciplinaria en relación con el *inferior* o los *inferiores* integrantes del órgano *a quo*⁴. Es por lo que, han dicho bien Giuliani y Picardi (1978, p. 16), «el sistema de las impugnaciones [funciona] no solo como remedio contra los errores judiciales, sino también [como] instrumento de control». En efecto, pues en el marco orgánico de referencia, ese informal dispositivo de producción de consenso, por lo general, complementado por otro, regular y capilar, de inspección, y por el propiamente disciplinario⁵ en los casos límite, tiene un papel fundamental en la compactación del sistema.

- 4 Paradigmático exponente de este régimen perverso es la conocida en España como «responsabilidad disciplinaria jurisdiccional», de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (vigente hasta el año 2000). En su artículo 447 disponía: «Las Salas de justicia del Tribunal Supremo podrán corregir disciplinariamente a las de las Audiencias y a los Jueces inferiores, por las faltas que hubieran cometido en los autos de que aquellas conozcan, en virtud de recursos de casación o de queja o para decidir competencias. La misma facultad tendrán las Salas de lo civil de las Audiencias respecto de los Jueces de primera instancia, y estos respecto de los municipales que les estén subordinados, cuando en virtud de apelación o de otro recurso conozcan de los autos en que se hubiese cometido la falta». El artículo 451 prescribía que tales «correcciones disciplinarias se impusieran de plano» (es decir, inmediatamente, sin más trámites). El artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aún formalmente en vigor) extiende ese régimen al campo de la justicia penal. En la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, cabe registrar una recusable supervivencia de ese sentido de la disciplina, en el art. 421 a), que atribuye a los presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia competencia sancionar «a los jueces y magistrados dependientes de los mismos». Repárese en el lenguaje: «inferiores», «subordinados», «dependientes», y se supone que, sin embargo, *independientes*.
- 5 Con disposiciones como la de la española Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (vigente hasta 1985), que preveía sanciones de esa índole para los jueces, «cuando por las irregularidades de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público, comprometiesen el decoro de su ministerio» (artículo 734,5°). O la de la italiana Ley sobre garantías de la magistratura, de 1946, que definía como ilícito disciplinario «la conducta [del magistrado] que le haga desmerecedor de la confianza y la consideración de que debe gozar, o que comprometa el prestigio de la magistratura» (art. 18). Con un precepto como el del art. 224 de la misma ley, que disponía: «Podrán los jueces ser destituidos: [...] 5.º Cuando por su conducta viciosa, por su comportamiento poco honroso, o por su habitual negligencia, no sean dignos de continuar ejerciendo funciones judiciales».

En el marco de estas consideraciones, merece una particular atención la dimensión cultural prevaleciente en los integrantes de la judicatura, en dos vertientes: la estrictamente jurídica, relativa al modo de aplicar y entender el derecho, y la, ciertamente cargada de implicaciones de carácter ético-deontológico, referente a los valores profesados y a la forma de vivirlos y plasmarlos realmente en las prácticas profesionales.

Situados en el primer plano de los aludidos, resulta inevitable partir de la sentenciosa afirmación de Montesquieu (p. 156) de que los jueces son «la boca que pronuncia las palabras de la ley», que fue a encontrar eco en Beccaria (2011, p.121), cuestionador de su legitimación para interpretar las leyes, «por la misma razón que no son legisladores». Dos asertos movidos por una actitud claramente prescriptiva, en cuanto animada, entonces, por el afán garantista de poner coto al arbitrio incondicionado de aquellos, sobre todo en materia de derecho criminal. La idea fue retomada por Napoleón, ciertamente en otra clave⁶, y encuentra su teorización en la escuela de la exégesis, inspirada en el dogma de la plenitud del ordenamiento, razón del deber del juez de mantenerse, a ras de letra, en el ámbito estricto del derecho positivo. En efecto, pues concebido este según se ha dicho, *sub specie de code*, sería, por ello, supuestamente completo en sus previsiones y susceptible de una fácil aplicación meramente técnica y, así, espontáneo generador de certeza en el tratamiento jurisdiccional de la conflictividad social objeto de enjuiciamiento y también de una obligación moral de acrítica obediencia en los jueces (Ferraoli, 2011, pp. 920 y ss.).

En lo relativo a los valores vividos por los jueces expresión del peculiar modelo que se examina, hay que decir que giran en torno al principio de independencia como valor informador y central, si bien postulado de un modo netamente ideológico⁷. Porque el sistema, que lo celebra con artificiosa y retórica grandilocuencia en su liturgia (aperturas de tribunales, tomas de posesión y similares), excluye de sus articulaciones los presupuestos orgánicos imprescindibles para

6 Como ha observado Mario A. Cattaneo, en la materia, «la Ilustración tiene un significado político revolucionario» pero «el significado de la escuela de la exégesis es esencialmente científico, técnico-jurídico [...] político-conservador» (Cattaneo, 1966, p. 150).

7 Como representación ilusoria de las relaciones reales, para, mediante el oscurecimiento de su verdadero perfil, contribuir a mantenerlas en su ser actual, a salvo de la crítica y para asegurar de este modo su reproducción (Marx y Engels, 1968, p. 677). «La ideología —escribió Octavio Paz— convierte las ideas en máscaras: ocultan al sujeto y, al mismo tiempo, no le dejan ver la realidad. Engañan a los otros y nos engañan a nosotros mismos» (Paz, 2014, p. 244).

hacerlo efectivo, obstaculizando de este modo su práctica. Del *ethos* profesional de estos profesionales forma parte una tendencial inclinación al autoritarismo en el ejercicio de la función, con particular traducción en la naturaleza monologante de las actitudes, en el carácter jergal y opaco del lenguaje (que se diría más bien pensado para ocultar que para hacer claridad sobre lo tratado)⁸, en un sentido autocrático de la libre convicción⁹, abierto al uso de una incontrolada discrecionalidad máxima, y en un entendimiento silogístico¹⁰ del modo de resolver, con natural prolongación en el decisionismo inmotivado presente en las resoluciones. También el uso en extremo generoso de la prisión preventiva y, en fin, la *natural* obsecuencia hacia los centros de poder y una tendencia irreprimible a reducir el alcance de los, siempre limitados, progresos en materia de derechos posibilitados a partir de la incorporación del sufragio universal.

Estas actitudes, como, en general, la forma de integración de los jueces en contextos como los aludidos y de desenvolverse en ellos, están directamente asociadas a la histórica autoconvicción de *ser* políticamente *asexuados*¹¹, al hallarse

- 8 De él, irónicamente, ha escrito Franco Cordero: «queda poco, una vez amputados gerundios, incisos, cláusulas, repeticiones; pseudo-conectivos como «ciertamente» simulan la urdimbre lógica...». «Sería interesante establecer cuántas son las páginas memorables salidas de la cultura togada del último siglo». También: «a los jurisdicentes les repugna desvelar al público los *arcana iustitiae*; mientras pueden, los ocultan; cuando se ven obligados a decir algo, tienden al esoterismo elusivo» (Cordero, 1986, pp. 136, 141 y 361).
- 9 De la libre convicción informada por una inteligencia profundamente irracional, casi mágica, de la inmediatez que, supuestamente, conferiría al juez, a través de la lectura de la gestualidad, una milagrosa capacidad de apreciación del verdadero sentido de lo transmitido verbalmente en sus declaraciones por los imputados y los testigos. Me he ocupado de este asunto en «Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)» (Andrés Ibáñez, 2007, pp. 153 y ss.).
- 10 El del silogismo es un paradigma que, de nuevo, dice muy bien Taruffo, «solo cubre algún aspecto de la decisión y deja al juez libre para decidir en todas las importantes áreas del juicio que transcurren al margen de él» (Taruffo, 1993, p. 252).
- 11 Nada más expresivo de esta actitud que la respuesta de Luis Vivas Marzal, caracterizado exponente del vértice judicial del franquismo, al periodista que, ya en la transición, le preguntaba acerca de su relación con este: «Nosotros en el Tribunal Supremo estimamos que los magistrados no podemos tener otra intervención en política que la de emitir nuestro voto, como dice la Ley Orgánica. Cuando en España no había más que una política, muchos de nosotros la hemos servido, incluso con entusiasmo. Pero en el momento en que en España haya varias políticas la obligación de los tribunales es mantenerse neutrales, aplicar e interpretar las leyes, como dice nuestra Ley

investidos de una suerte de ministerio de carácter sacerdotal que los situaría *au-dessus de la mêlée*. Lo expuesto acerca de las particularidades organizativas del modelo y de la clase de cultura de que se nutre, y una amplísima experiencia al respecto, desmienten aparatosamente este tópico.

3. Constitucionalismo de derechos y modelo de juez

La durísima experiencia de los nazifascismos puso de manifiesto que la democracia representativa, librada a su propia dinámica exclusivamente política, puede envilecerse e incluso enloquecer. Y, en el caso de las magistraturas de los países afectados, articuladas según el *modelo* napoleónico, permitió comprobar la, diríase, *genética* predisposición y facilidad de sus componentes para integrarse, de forma masiva y de la manera más funcional, en políticas no simplemente autoritarias sino directamente criminales¹². Actitud que después tendría continuidad en su paradigmática resistencia a aceptar las nuevas constituciones con sus avances en materia de derechos, en los momentos de transición a la democracia.

Por eso, sin perjuicio de reconocer a la democracia representativa en su dimensión procedimental un incancelable y legítimo ámbito propio, la necesidad de circundarla de límites jurídicos, en prevención de eventuales degradaciones. De ahí el paso a un constitucionalismo rígido fuertemente asentado en derechos, ahora fundamentales, dotados de efectiva normatividad. Una opción cuya razón de ser tampoco podría resultar más obvia, según hace ver Häberle (1997), ya que

Orgánica» (en *Línea*, Murcia, 26 de octubre de 1976). Repárese en el modo de no ver la(s) otra política(s) también, es obvio, existente(s) en España durante el franquismo, curiosamente propio de quien —como magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que conocía de los recursos contra las sentencias del oprobioso Tribunal de Orden Público— contribuía activamente a que sus actores sufrieran durísimas penas de cárcel por el mero hecho de disentir políticamente.

- 12 En el caso de Alemania, los jueces y fiscales después de haber sido el verdadero *partido de oposición* a la República de Weimar, se integraron masivamente en la Federación de Juristas Nacionalsocialistas (Müller, 2009, p. 278 y ss.). En el caso de Italia, de alrededor de 4.000 magistrados, solo 17 fueron separados de sus puestos por el régimen mussoliniano (Guarnieri, 1997, p. 252). En España, Mónica Lanero Táboas, (1996, p. 236), ha fijado en 149 el número de depurados administrativamente (de las tres carreras, judicial, fiscal y secretariado), entre los años 1936-1944. En la materia puede verse también con provecho: Federico Fernández-Crehuet (2011); y Guillermo Portilla Contreras (2019). En fin, por su carácter ciertamente emblemático, acerca de la relación del poder judicial chileno con la dictadura de Pinochet (Matus Acuña, 2020).

estos últimos son el auténtico «fundamento funcional» de aquella. En efecto, pues resulta francamente inimaginable una democracia sin ciudadanos con derechos fundamentales suficientemente garantizados.

Es así como, en el estado constitucional, la kelseniana pirámide normativa se enriquecería con un nuevo escalón, precisamente en la cúspide, pues tal es a lo que equivale el injerto en el ordenamiento de lo que Ferrajoli (2011, pp. 872-874) ha descrito eficazmente como una «dimensión sustancial» del derecho y de la democracia, integrada por los derechos fundamentales. Ahora no solo los de carácter sustantivo (incluidos los sociales), sino también los representados por las garantías nucleares del debido proceso.

Esta forma de constitucionalización de los derechos y su papel en el contexto del orden jurídico resultante, reclama la sumisión al derecho de todos los actos de poder y la existencia de una instancia de garantía independiente de aquellos *erga omnes* que, asimismo por imperativo constitucional, es la representada por la jurisdicción. Una instancia cuyos rasgos caracterizadores dependen directamente de su papel como institución, que en el nuevo contexto constitucional reclama un asimismo nuevo y bien distinto sistema organizativo. Dicho en extrema síntesis: la extracción de la gestión del estatuto judicial del ámbito del poder ejecutivo, y la abolición del encuadramiento jurídico jerárquico-burocrático, con objeto de conjurar los bien calificados por Calamandrei (1960, pp. 102-104) de «peligros de la carrera», al ser esta un modo de articulación que, si justificable en el ejército, de donde la tomó Bonaparte, resulta del todo inadecuado en un medio presidido por y que debe responder exclusivamente a la razón del derecho. Cuando sucede, además, que todas las modalidades de ejercicio de la jurisdicción responden al mismo esquema y gozan de una dignidad equivalente, más allá del trampantojo representado por el régimen de categorías abiertamente reñido, pues, con la naturaleza de la función. Esta se concreta en la imparcial comprobación conforme a derecho de la existencia de actos inválidos o ilícitos (de cualquier procedencia, incluida la oficial), para disponer en tal caso su anulación o su condena, con la atribución a sus responsables de las consecuencias que legalmente pudieran corresponder.

La jurisdiccional es así una actividad, ciertamente de poder, pero de naturaleza esencialmente cognoscitiva, cuyo cometido se cifra en la identificación de supuestos de hecho legalmente previstos y en su valoración jurídica, para determinar las eventuales consecuencias de este carácter asociadas a su ejecución. Es por lo que está dotada de la ya aludida consistente dimensión epistémica, puesto que si se enjuicia es para conocer, para obtener un saber de calidad (en materia de hechos y en derecho). Lo que demanda, tanto la colocación del sujeto jurisdicente en una posición estatutaria idónea a tal efecto, como la asunción de ciertas pautas y cautelas (jurídicas y no solo) en el *modus operandi*. A asegurar lo primero se orientan las garantías conocidas como orgánicas, predisuestas a fin de dotarle

de un estatuto de independencia, necesario para evitar que su colocación en el contexto estatal pudiera depararle una cierta condición (implicación) de parte política; a lo segundo las garantías procesales, que buscan esencialmente asegurar su imparcialidad, evitando que el juez, en el ejercicio de la jurisdicción, pueda moverse por cualquier interés preconstituido que no sea el de la comprobación, tendencialmente objetiva, de lo efectivamente sucedido en el caso concreto, para decidir sobre él exclusivamente en derecho.

De aquí se sigue el efecto de que la función jurisdiccional siendo, como se ha dicho, función de poder, no sea, sin embargo, política, por más que sus resoluciones, que podrían afectar, como afectan en muchos casos, a actos y decisiones de sujetos públicos, lleguen a producir, como con frecuencia sucede, relevantes efectos de ese carácter¹³. Tampoco se trata de una instancia representativa ni de participación, que, ajena al sufragio, es, no obstante, (indirectamente) democrática, por su exclusiva vinculación a la ley, fruto genuino de instituciones (las parlamentarias) que son las que, por antonomasia, participan de ese doble carácter; y porque su cometido consiste en procurar la igual garantía de los derechos de todos frente a cualquiera que los desconozca. Esto la dota de un carácter eventualmente contramayoritario, en cuanto solo sujeta a la voluntad formalizada en la ley (que es ley más constitución), voluntad que, en ocasiones, podría muy bien no ser la coyuntural de la mayoría política investida del poder en acto, pero, en tal caso, carente de legitimidad para condicionar las resoluciones judiciales.

Así resulta que lo que en ocasiones ha sido (des)valorado como déficit de legitimidad de la jurisdicción expresa, precisamente, la astucia de la razón jurídico-política que funda su deber ser constitucional. Su peculiar condición de poder, que es exclusivamente el de «decir el derecho» a instancia de parte (oficial o privada), y que cobra cuerpo en el juez independiente, competente para el tratamiento y la decisión del caso concreto. Una consideración relevante, porque fuera y al margen de estas coordenadas, en rigor constitucional, no cabe hablar de poder judicial. Incluso, podría decirse, el pleno de la más alta magistratura o todos los jueces del país reunidos, podrían, tal vez, formar y operar como un *lobby*, pero su actuación no tendría nada de *jurisdiccional*.

13 Es lo que sucede en el caso de las causas seguidas por procesos de corrupción, tan frecuentes estos años en diversos países, debido, de una parte, a las degradaciones de la política en curso y, de otra, al crecimiento de la independencia judicial y a la difusión entre los jueces de una nueva cultura en la materia, que ha venido a sustituir a la de subalternidad prevalente en los medios de las judicaturas gobernadas políticamente por el poder ejecutivo, por lo general a través de todopoderosas Cortes Supremas políticamente cooptadas.

En este nuevo contexto, la independencia adquiere un relieve esencial, como precondition de la exclusiva sumisión a la ley, debido a que el juez –no importa insistir– no puede ser parte política. Y, en tal sentido, es una suerte de metagarantía, en cuanto presupuesto de todas las demás, orgánicas y procesales, y, en particular de la de imparcialidad.

Conviene decir que aquí no se trata de hacer del juez una especie de sujeto exento o por encima de la sujeción a todo tipo de límites. Ni tampoco de presentarle como la encarnación del *poder bueno*, cuando lo cierto es que no hay poder bueno *per se*, porque la bondad del poder radica en las garantías. Lo que se busca es sustituir la vieja aberrante situación de sometimiento a vínculos de naturaleza jerárquico-política, incompatibles con el principio de independencia y el de exclusiva sumisión a la legalidad, por otra en la que la fiscalización de las resoluciones sea la estrictamente jurisdiccional, producida en el marco del régimen de instancias y recursos¹⁴.

Esto, es obvio, sin perjuicio de que la gestión del estatuto judicial en todas sus dimensiones, tenga su propio ámbito competencial al margen del poder ejecutivo. Y, a mi juicio, idealmente, en el marco de una institución mixta y autónoma, en la línea del Consejo Superior de la Magistratura italiano. Conviene advertir que esta ha tenido décadas de una ejecutoria ciertamente ejemplar en su país de origen como garante de la independencia, gozando de un amplio reconocimiento social y entre los jueces (aunque hoy no está en él en su mejor momento). Y que representa, sin duda, la alternativa más interesante al gobierno político de los jueces propiciado por el sistema napoleónico de organización¹⁵. Por cierto, hay que decir que ha sido

14 Con esto quiere decirse que la única *superioridad* funcional al constitucional ejercicio de la jurisdicción es la de carácter procesal resultante de la existencia de distintas instancias y recursos, que, obviamente, no implica diversidad de categorías administrativas entre profesionales, sino simplemente planos de (la misma) actividad, insisto: exclusivamente consistente en «decir el derecho».

15 La conocida como *Carta Magna de los Jueces*, elaborada en 2010 en el marco del Consejo de Europa, en el apartado 13, rotulado «Órgano encargado de garantizar la independencia», se lee «Para garantizar la independencia de los jueces, cada estado debe crear un Consejo de la Justicia u otro órgano específico, que sea independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, provisto de las más amplias competencias para decidir sobre todas las cuestiones que afecten al estatuto de los jueces, así como a la organización, al funcionamiento y a la imagen de las instituciones judiciales. El Consejo debe estar compuesto, bien en exclusiva por jueces, o, en su caso, por una mayoría sustancial de jueces elegidos por ellos mismos. El Consejo de la Justicia tiene que rendir cuentas de sus actividades y de sus decisiones».

asumida *nominalmente* en no pocos países, en formas que del modelo no tienen más que el nombre, al funcionar como apéndice de las poderosas cortes supremas¹⁶.

4. Interpretar y aplicar la ley

La clásica caracterización del juez como «bouche de la loi», con directo reflejo en un punto de vista al respecto tan conocido como el de Beccaria, traduce, seguramente, una pretensión más prescriptiva que descriptiva, dirigida, desde luego, al juez, pero, al menos implícitamente, también al legislador, como obligado a poner a su esa ley cuyas palabras, por claras e inequívocas, debería limitarse a «pronunciar». Es el ideal perseguido asimismo por Gaetano Filangieri (1982, p. 12): «que todo se decida según un texto expreso», para que «el lenguaje del magistrado sea el lenguaje de las leyes» y, de este modo, «la interpretación sea proscrita». Esto último, por tanto, como consecuencia de lo primero, para evitar un defecto de regulación que el juez debiera llenar, poniendo así coto a la que, de otro modo, sería una omnímoda libertad de este. Por eso, en el planteamiento de los dos grandes autores ilustrados (ciertamente revolucionario, dado el momento), como, en general, en el de los exponentes del mismo movimiento político-cultural, hay bastante más de «política del derecho», diríamos hoy, que ingenuidad en el modo de entender la relación juez-ley. Por tanto, en la diatriba ilustrada es constatable una doble denuncia: de las extralimitaciones del juez y del vacío de legalidad que, responsabilidad del legislador, las haría posibles.

En la materia, ha pasado mucha agua bajo los puentes, pero, con todo, el histórico discurso no ha perdido actualidad, porque la mantiene íntegra el asunto que lo subyace. Me refiero a la justificada inquietud que suscita el poder decisonal del juez en el marco de la interpretación-aplicación del derecho. La modalidad de esta que aquí interesa es la descrita por Ferrajoli (1966, pp. 292 y 299) como «interpretación operativa», frente a la «doctrinal», así caracterizadas porque, mientras esta tendría por objeto exclusivo «enunciados lingüísticos», aquella versaría «más que [sobre] las normas, [sobre] las concretas experiencias jurídicas», debido a que «la norma jurídica y la experiencia prevista por ella no son extrañables una de la otra, sino que, por el contrario, se dan conectadas por una relación semántica», de

16 Paradigmático, en el más negativo de los sentidos es el caso del español Consejo General del Poder Judicial, víctima de una intolerable degradación partitocrática que ha pervertido el modelo constitucional. Por fortuna, los jueces españoles gozan de un consistente estatuto constitucional y legal de independencia. Al respecto me permito remitir a mi (Andrés Ibáñez, 2021, pp. 75 y ss.).

manera que «no hay un hecho y una norma en espera de ser unidos por un acto de calificación del hecho o de aplicación de la ley». Por eso, dicho con Alf Ross (1970, p. 133), la interpretación judicial es «un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento».

Precisamente, esta peculiaridad confiere a tal tipo de interpretación, ya de entrada, un singular coeficiente de dificultad. En efecto pues se trata de mediar esta relación ley/hecho con el criterio de la relevancia, para *recortar*, de lo que es un *continuum* de circunstancias empíricas, lo que, en el supuesto concreto, interesa al ordenamiento. Algo que ha de hacerse evitando tanto el riesgo de la desviación jurídica en el tratamiento de la *quaestiofacti* (que deberá ser respetada y tomada en sus precisos y reales términos, sin forzamientos), como el de una lectura desviada del precepto o preceptos de referencia dirigida a facilitar el encaje en ellos del caso, que de otro modo no se daría. En este punto es imprescindible un cierto desdoblamiento del juez-intérprete, en el que el *operador racional* y el *jurista dispensador de garantías* ocupen, complementaria y simultáneamente, cada uno su espacio.

A esa dificultad, por así decir, *ontológica* de la aplicación judicial del derecho se añade actualmente la constituida por el particular modo de ser real de los modernos ordenamientos, cuya paradójica y más saliente peculiaridad es que, como conjunto de disposiciones legales, con frecuencia se adaptan realmente poco y mal a su propio nombre. En efecto, pues si el vocablo se usa convencionalmente para designar al derecho vigente en un determinado territorio como estructura normativa caracterizada por la unidad, la plenitud y la coherencia, como presupuesto de su efectividad, ocurre que estos son atributos difícilmente predicables de regímenes normativos calificados, no sin razón, por Ainis (2002, p. 24) de «enloquecidos». Y el adjetivo, por más expresionista que resulte, no puede decirse fuera de lugar cuando, por ejemplo, en Italia, la Corte Constitucional, en su sentencia n.º 364/1998, de 23 de marzo, se vio en la necesidad de declarar que la ignorancia de la ley penal puede excusar por «inevitable», debido, en unos casos, al número de actos normativos en vigor, inabarcable, aunque hubieran sido objeto de publicación, y en otros a la oscuridad y el hermetismo de los textos. Es lo que ha llevado al mismo autor a afirmar que «el sistema jurídico parecería poblado de fantasmas que de la ley tienen no el cuerpo, sino la apariencia», para concluir, no sin fundamento, que esta «se encuentra gravemente enferma». La observación va referida a Italia, pero es claro que, con los matices y las modulaciones de grado que se quiera, puede predicarse de un sinnúmero de países, y, desde luego, de España, donde, a la inflación legislativa¹⁷, se unen las

17 «El gobierno cambia 26 leyes de una tacada y sin debate parlamentario», fue titular del diario *El País* de 9 de julio de 2014, bajo el que, en el cuerpo de la noticia, po-

frecuentes deficiencias de redacción, debidas muchas veces a la falta de maduración y el oportunismo de las reformas y a la actitud escasamente cooperativa de quienes integran la institución parlamentaria¹⁸.

En semejante contexto, resulta por demás curioso que la cultura reinante en los medios de la judicatura, que irradia desde los jurídico-culturalmente po-brísimos manuales de preparación del ingreso, siga estando generalmente cortada por el patrón más tradicional, con descuido de aspectos tan centrales como la morfología de los actuales ordenamientos multinivel, y las nuevas y no tan nuevas aportaciones en materias como la teoría de las fuentes y su interpretación. Cual si se tratase de infundir tranquilidad a los *aspirantes* (es como tradicionalmente se los designa) ocultándoles las dificultades de su futuro cometido profesional. Cuando lo promovido de este modo es una predisposición a la falta de sentido de la responsabilidad, propia de quien ignora las verdaderas particularidades de los instrumentos (de riesgo) que maneja.

El asunto de la interpretación judicial de la ley ha suscitado tanta preocupación como literatura y, gracias a esto último, hoy, puede decirse, existe una riquísima cultura en la materia. Pero una cultura que, no obstante, no ha penetrado (o, cuando lo ha hecho, no lo bastante) en los tribunales de justicia. En efecto, pues en el imaginario oficial que, en general, subyace al modo en que estos suelen representarse el propio trabajo con los instrumentos legales, prevalece una visión

día leerse: «El Congreso convalidará mañana, con los votos del Partido Popular, sin debate a fondo ni opción a enmiendas, el Real Decreto-Ley de Medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia. Este paquete de 47 medidas económicas, aprobado el pasado viernes por el Consejo de Ministros [...] supone la modificación de 26 leyes».

- 18 Desde luego, sin llegar quizá a extremos como el reseñado, sería también el caso de España, con un panorama legislativo en el que resulta perfectamente rastreable esa sintomatología, de la que puedo aportar un caso fruto de mi experiencia personal. En algunas materias, como los delitos contra la libertad sexual, el solapamiento de las sucesivas reformas, hace a veces difícil al profesional conocer el derecho aplicable, con el consiguiente riesgo de error. Que es así, lo acredita el hecho anecdótico, pero revelador, de que la edición del Código Penal comentado y *puesto al día*, de una editorial prestigiosa, cuya compra (por el precio, una *inversión*) tendría que dar al adquirente la tranquilidad de estar informado de todas las modificaciones producidas, omitía una de ellas, de obligada consideración en no pocos supuestos de conductas criminales mantenidas en el tiempo, con la consiguiente crisis del *iura novit curia*.

marcadamente cognoscitivista¹⁹ y formalista²⁰. La misma que –desde luego, en el caso de España– inspira el aludido programa rector del proceso de selección para el acceso al rol²¹, la idónea para dar soporte y *justificar* aquella manera de concebir y hacer ver el papel del jurista-intérprete, propia más bien del conocido como positivismo ideológico (Prieto Sanchís, 1997, p. 11 y ss.).

El planteamiento debe bastante al recelo que suscita el denostado a veces como *activismo judicial*²², en particular en actores políticos situados en posiciones de matriz jacobina, connotadas por un cierto antijudicialismo de raíz, con tendencia a activarse en presencia de resoluciones incómodas para ellos, hoy relativamente frecuentes. En general, sin mayor fundamento, en marcos en los que, como es habitual, las decisiones judiciales se producen en el interior de un estricto régimen legal de instancias y recursos. Y cuando la jurisprudencia de los vértices jurisdiccionales –de carácter no precisamente rupturista– resulta regularmente

-
- 19 Responde a la idea de que «la jurisprudencia es aplicación de normas preexistentes [y] presupone que la interpretación es una actividad de puro conocimiento o constatación de normas» (Guastini, 1995, pp. 16-17). «Como si los documentos normativos incorporasen un contenido de significado unívoco y bien determinado, susceptible de pura y simple «constatación» científica» (Guastini, 1993, pp. 317 y 335).
- 20 Que, dicho con Michele Taruffo, se concreta en la idea de que el que aplica la ley no «realiza opciones de valor, porque estas corresponden exclusivamente al legislador y de que «la administración de justicia es una actividad, que no implica opciones políticas, orientaciones morales o valoraciones prácticas o económica» (Taruffo, p. 253).
- 21 En el caso español, el programa por el que se rige el examen de ingreso en la judicatura, tiene un solo tema, en el área de derecho civil, referido, esquemáticamente, a las tópicas teorías de la interpretación y otro relativo a las fuentes del derecho. Ambos responden a la más rancia concepción del orden jurídico.
- 22 Requejo Pagés, en la academia, es, según creo, el más caracterizado exponente de esa actitud y del cognoscitivismos más radical y contrafáctico en el modo de entender la legalidad y su proyección, al asimilar, metafóricamente, el «sistema jurídico» –¡actual!– a «una red de distribución de agua», que es lo que –según dice– permitiría al juez, únicamente «habilitado para manipular la llave de paso [...] limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento», sin «añadirle nada» (Requejo Pagés, 1989, pp. 153-154). Así pues, para este autor, la norma legal como producto definitivamente elaborado, claro en su sentido y transparente en la expresión de la voluntad del autor, que, en virtud de una *aplicación sin interpretación*, propia de autómatas, permitiría al juez, por la mera yuxtaposición del precepto a la descripción de las circunstancias del caso, decidir sobre él, por supuesto, correctamente.

seguida en la práctica, incluso allí donde no es formalmente vinculante, lo que, es obvio, limita de manera sensible el uso de la discrecionalidad en la interpretación.

Tiene razón Ruiz Miguel (1984, p. 24) al escribir que «no deben exagerarse las dificultades de comunicación lingüística hasta creer que la existencia de lagunas o de ambigüedades en el derecho impida decir que hay decisiones judiciales que aplican y se adecuan a criterios legales preexistentes». Pero, aparte de que como hizo ver Tarello (1980, p. 63), el significado de los enunciados no puede decirse (al menos del todo y siempre) «preconstituido a la actividad del intérprete», al ser «su resultado»; en el caso del juez, esa determinación se da en conexión con la reconstrucción procesal del supuesto a examen –siempre de alguna particular complejidad en cuanto conflictivo y por eso justiciable– y en relación de simultaneidad con la comprobación de si tiene encaje efectivo en la norma obtenida de aquel modo, y aptitud, por tanto, para producir los efectos previstos en ella.

La realización de estos pasos, por el aludido coeficiente de dificultad, demanda en el protagonista una claridad de conciencia al respecto que será, en última instancia, una garantía no escrita del justiciable. Pues nada más peligroso que un juez desconocedor de la verdadera naturaleza de los instrumentos que maneja e incapacitado, por tanto, para asumir plenamente la responsabilidad de su uso.

El título de este libro habla expresamente del «derecho de creación judicial», dando por cierta la existencia de este como tal y de un juez que efectivamente lo produce. El planteamiento sería ciertamente cuestionable en el caso de entender que el juez se encuentra de algún modo habilitado para emanar normas jurídicas de carácter general, propiamente hablando, que son las que forman *el Derecho*. En efecto, ya que su función –dicho con Ferrajoli (p. 827)– es la propia de una institución «de garantía»: la consistente en constatar la existencia de actos jurídicamente relevantes, calificarlos a la luz del ordenamiento aplicable, derivando de tal apreciación las consecuencias jurídicas previstas en este para sus autores. En tal sentido, la actividad jurisdiccional, no es, pues, en rigor, productora *de Derecho* en sentido fuerte o propiamente normativo, dado que el juzgador opera con, o en todo caso en el marco, del ya vigente, al que debe ajustar su proceder y sus decisiones como intérprete y aplicador, en el acto de *concretarlo*, para cada caso. De este modo, el juez está constreñido a moverse en un contexto de referencias normativas preestablecidas con carácter general. Claro que siendo esto real, también lo es que, ni aun en la hipótesis de contar con la mejor de las leyes, estas le darían *el trabajo hecho*. Pero, con todo, el modo de operar judicial, que pudiera decirse siempre innovador en algún grado, en rigor conceptual, no se ajusta a lo principalmente denotado, según el Diccionario, por el verbo «crear». En efecto, pues este, en la primera de sus acepciones, se aplica al hecho de «producir [aquí una disposición de carácter general] de la nada». Aunque sí, en cambio, a una de las concreciones, más bien aproximativa, de la segunda de aquellas: «establecer

[...] por primera vez una cosa». Esto, en nuestro caso, partiendo, no de «la nada» sino de enunciados normativos preexistentes y precedentes jurisprudenciales, en un contexto jurídico-cultural, con los que el juez está obligado a operar, para formular una proposición de esa clase que, en cuanto tal, no estaría «dada», aunque sí, generalmente, prefigurada en lo esencial de sus términos.

Ha escrito Atienza (2011, p. 82) que interpretar el derecho (y, diría que más cuando se trata de aplicarlo) implica «una producción de normas que antes no existían (o no existían explícitamente)», es decir, *como tales*, y por eso «es obvio que los jueces crean derecho», por más que esta sea «una creación peculiar» (Atienza, 2006, p. 53). Pues bien, entiendo que, normalmente, esto será algo cierto, en el sentido de que la sentencia judicial genera la aludida disposición individual para el supuesto enjuiciado, como especificación de la generalaplicable al caso. Esto es, constituye un acto normativo concreto, dotado de un cierto coeficiente de singularidad. Se tratará –de nuevo con palabras de Ferrajoli (2021, pp. 152-153)– de un acto de producción de «derecho viviente», que, tanto en su morfología como en su función y en sus efectos, no es asimilable ni debe confundirse con el «Derecho vigente».

Ahora bien, dicho esto, no puede perderse de vista que los modernos ordenamientos constitucionales han reforzado sensiblemente el papel del juez en su condición de intérprete-aplicador, al imponerle una lectura crítica del precepto o preceptos de aplicación en cada caso, con objeto de verificar su material adecuación a los imperativos del texto fundamental que tuvieran que ver con este. Es por lo que Prieto Sanchís (2003, p. 170) ha escrito, con sobrada razón, que «la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria». Debido al hecho de que, en cada supuesto sometido a su consideración, esta tiene encomendada ese examen crítico, con rigor kelseniano, de la legalidad ordinaria a partir de la primera norma, lo que implica un consistente reforzamiento de su propio rol en la relación con el del legislador.

De otra parte, ocurre que, en la actualidad de nuestros países, con la mayor frecuencia se dan auténticos vacíos de legalidad debidos, a veces, al propio ritmo de las transformaciones sociales, que hacen difícil su tempestivo seguimiento por el legislativo con fines de ordenación. Pero también, en no pocas ocasiones, lo constatable es una verdadera renuncia de este al ejercicio responsable de su cometido de mediación legal de situaciones especialmente conflictivas, por meras coyunturales *razones* de *realpolitik*, de donde resulta una *delegación* implícita del mismo en los jueces, con la consiguiente atípica ampliación de su espacio. El resultado, en palabras de Rodotà, es la conversión de estos en una anómala instancia de *representación* de algunos intereses constitucionalmente relevantes, a falta de otras sedes institucionales que deberían hacerse cargo de ellos para regularlos en vía primaria (Rodotà, 1992, pp. 172-173).

Esta última circunstancia, reconducible al campo de una cierta patología institucional, pero dotada hoy de verdadera carta de naturaleza en nuestras realidades, puede contribuir al fortalecimiento de la consideración del juez como agente creador, *toutcourt*, de Derecho, que entiendo debe ser matizada. Y, para tal fin, me parece de indudable ayuda el criterio de Riccardo Guastini (pp. 177 y 175), con su propuesta de distinguir la generación de Derecho en sentido propio «consistente en introducir nuevas disposiciones y/o normas en el conjunto de estas preexistentes» o, dicho de otro modo, en la «producción de enunciados normativos» de carácter general, de lo que sería «la producción [por parte del juez] de significados» de esta índole, que en ocasiones como aquellas a las que acaba de aludirse, podrá ser atípica –pero legítimamente– *creativa*. Siempre, claro está, en exclusiva relación con el caso litigioso, y en un marco legal-constitucional. En el bien entendido de que, dicho con Cardozo (1955, p. 90): aquel «*legisla[rá]* solamente llenando lagunas», o sea, «espacios abiertos en el Derecho»²³.

Es evidente que, en el habitual planteamiento de este polémico asunto, en el que hay mucho más que nominalismo, juega un papel fundamental la dimensión terminológica, que es lo que hace especialmente exigible el rigor en el uso de las categorías, que tiene siempre algo de performativo. Por eso me parece imprescindible que el juez tenga tan clara la conciencia de su papel constitucional como la del fuerte sentido de la responsabilidad y la autocontención con que debe ejercerlo. En particular en los aludidos supuestos de ausencia o labilidad de los referentes normativos. Un sentido de la responsabilidad del que debe formar parte, desde luego, la ineludible deferencia con el legislador, pero también la firme denuncia de sus omisiones y dimisiones, que imponen a la instancia jurisdiccional una función de *suplencia*.

5. Una mirada sobre la jurisprudencia

Aunque, en una acepción amplia, el término jurisprudencia podría aplicarse al producto de cualquier instancia jurisdiccional; en el uso común y, en particular, cuando se piensa en clave de posible eficacia normativa, se reserva para el emanado de las instituciones judiciales de vértice. No obstante, hay que precisar que, en rigor y en buena cultura de la jurisdicción, los tribunales supremos, cortes de casación o como quiera que se los denomine, gozan de una superioridad de índole exclusivamente procesal debida al hecho de ser los últimos en decidir. Pero ocurre

23 Benjamín N. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, trad. cast. de E. Ponssa, Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 90 (la cursiva es añadida).

que el carácter generalmente piramidal de las organizaciones judiciales, ha ocasionado el histórico efecto de superponer al rango (*fisiológico*) meramente procesal de la cadena de instancias otro (*patológico*) de naturaleza jerárquico-administrativa, con el resultado de conferir a esos tribunales una supremacía de este carácter. Es lo que les ha permitido dotar a sus resoluciones de cierto plus de imperatividad que, así, no guardaría relación directa con la calidad del contenido y ni siquiera con el rol procesal de la casación, al traer causa de ese factor no-jurisdiccional representado por su posición de poder jerárquico-judicial, al fin político. Por lo que el precedente sería vinculante, no tanto y no sólo por razón de *auctoritas*, sino de cierto *imperium*, de fuente, insisto, no jurisdiccional en sentido propio.

Pero entiendo que la jurisprudencia, no obstante el modo como suele presentarse y percibirse, es el resultado de un esfuerzo cooperativo, porque en su producción intervienen muchas voces. Se da, además, la circunstancia de que ni siquiera tiene buen fundamento real el tópico de que la contribución más relevante procede siempre y como por definición del *vértice*. De un lado, porque es en la instancia donde suelen fijarse las situaciones justiciables, predeterminando en gran medida el tratamiento jurídico final del caso. Y, de otro, porque, a tenor de los criterios de selección imperantes en las magistraturas, tampoco podría siquiera sostenerse que el mayor y mejor nivel de conocimientos esté, por definición, en la cúspide de la pirámide escalafonal. A la que tampoco suele corresponder, precisamente, la parte más difícil del quehacer jurisdiccional.

Ninguna de estas afirmaciones quita un ápice de relevancia al cometido de los tribunales de casación. Tienen, desde luego, la que resulta del hecho de que hablan autoritativamente en último lugar, decidiendo, por lo general, de modo inapelable. También la esencial, pedagógica, de la posibilidad de proponer, desde su altura *procesal*, al más amplio auditorio, cuando las sentencias se cargan de razón, una forma ejemplar de abordar y resolver con racionalidad los conflictos jurídicamente más significativos. Pero, una adecuada caracterización de la jurisprudencia como fenómeno jurídico-institucional, no puede perder de vista que es el resultado final de muy plurales aportaciones, de actores situados en distintos momentos de la cadena de instancias.

Con todo, es obvio, la jurisprudencia de casación no puede dejar de irradiar desde el vértice. Pero, en buena ley, por un solo motivo, ahora de naturaleza jurídico-procesal (y no jerárquico-burocrática): el de ser ese tribunal el competente en exclusiva para el ejercicio de la función nomofiláctica, en cuyo desempeño, ciertamente importante, no cabe sustitución. Tal cambio de fundamento en la lógica del sistema demanda otro de cualidad en la interacción, es decir, en el modo de ser de la relación entre tribunales, que, a salvo la habilitación de aquel para decir la última palabra, debe ser esencialmente dialógica en las actitudes y bien argumentada, porque es lo que corresponde a una función de carácter cognoscitivo como la

jurisdiccional. Así, el flujo de los criterios jurisprudenciales, en una consideración externa y meramente formal, será vertical, de arriba abajo. Pero en su elaboración deberá prevalecer una dinámica tendencialmente horizontal, la propia de una racional y abierta confrontación *de razones*, que, en cuanto tales, no saben de rangos protocolarios ni de jerarquías político-administrativas.

Colección Procesal J.M. Bosch Editor

COLECCIÓN DIRIGIDA POR JOAN PICÓ I JUNOY, CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

1. **Los poderes del juez civil en materia probatoria.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Dirs.), 2003
2. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho.** Guimaraes Ribeiro, Darci, 2004
3. **Problemas actuales de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2004
4. **La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario.** Picó i Junoy, Joan y Adan Domènech, Federic, 2005
5. **Aspectos prácticos de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2006
6. **La prejudicialidad en el proceso civil.** Reynal Querol, Nuria, 2006
7. **Objeto y Carga de la Prueba Civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
8. **Introducción a la probática.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2007
9. **La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales.** Incluye CD. Jimeno Bulnes, Mar (Coord.), 2007
10. **El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual.** Picó i Junoy, Joan, 2007
11. **El interrogatorio de partes (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 1).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
12. **Análisis práctico del juicio de desahucio por falta de pago.** Achón Bruñen, M^a José, 2007
13. **Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
14. **El interrogatorio de testigos (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 2).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
15. **Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas. Soluciones a problemas que la LEC silencia.** Achón Bruñen, M^a José, 2008
16. **La ejecución judicial civil y sus alternativas en España y México.** Hernández Bezanilla, Emma del Rosario, 2008
17. **Tratamiento procesal del allanamiento en el Proceso Civil.** Carbonell Tabeni, Joaquín, 2008
18. **El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.** Abel LLuch, Xavier (Dir.), 2008
19. **La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC.** Cerrato Guri, Elisabet, 2008
20. **La ejecución hipotecaria.** Adan Domènech, Federic, 2008
21. **La prueba pericial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 3).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2009
22. **La prueba documental (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 4).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
23. **La audiencia previa.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
24. **Las garantías constitucionales del proceso (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2011
25. **Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales.** Libano Beristain, Arantza, 2011

26. **La prueba electrónica (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 5).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2011
27. **El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria.** Joan Picó (Dir.), 2011
28. **La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio.** Benavente Chorres, Hesbert, 2011
29. **El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal.** Gil Vallejo, Beatriz, 2011
30. **La prueba de reconocimiento judicial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 6).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2012
31. **La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades.** Benavente Chorres, Hesbert, 2012
32. **Derecho probatorio.** Abel Lluch, Xavier, 2012
33. **Técnica procesal. 25 años de estudios forenses.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2012
34. **El principio de la buena fe procesal (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2012
35. **La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA.** Ripol, Ignacio, 2013
36. **La desnaturalización del proceso.** Sánchez Álvarez, Eduardo, 2013
37. **La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2013
38. **La adhesión al recurso de apelación civil.** Rodríguez Camacho, Nuria, 2013
39. **Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2013
40. **El secreto profesional del abogado en el proceso civil.** Andino López, Juan Antonio, 2014
41. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.** Duart Albiol, Juan José, 2014
42. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Casanova Martí, Roser, 2014
43. **El principio de audiencia.** Alfaro Valverde, Luis Genaro, 2014
44. **Las diligencias policiales y su valor probatorio.** González i Jiménez, Albert, 2014
45. **La suspensión de los juicios orales.** Pesqueira Zamora, Mª Jesús, 2015
46. **El desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil.** Rueda Fonseca, María del Socorro, 2015
47. **La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso.** Benavente Chorres, Hesbert, 2015
48. **Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva.** Jimeno Bulnes, Mar y Pérez Gil, Julio (Coords.), 2016
49. **La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia.** Soca Torres, Isaac, 2016
50. **La acción rescisoria concursal.** Huelmo Regueiro, Josefina, 2016
51. **Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar.** Jimeno Bulnes, Mar (Dir.), 2016
52. **Las excepciones materiales en el proceso civil.** De Miranda Vázquez, Carlos, 2016
53. **La venta judicial de inmuebles.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2017
54. **La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** De Aguilar Gualda, Salud, 2017
55. **Lingüística procesal: estrategias discursivas en los juicios españoles.** Torres Álvarez, José, 2017
56. **La LEC práctica en fichas.** Adan Domènech, Federic, 2017

57. **Peritaje y prueba pericial.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2017
58. **La LEC práctica en fichas.** Segunda Edición. Adan Domènech, Federic, 2018
59. **La personación procesal ante el juzgado de instrucción y de menores.** Valdivielso García, Yolanda, 2018
60. **La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares.** Castrillo Santamaría, Rebeca, 2018
61. **Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba.** Picó i Junoy, Joan y Abel Lluch, Xavier (Dirs.), 2018
62. **La subasta concursal.** Huerta García, Rafael, 2019
63. **Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional. Evolución de la prisión provisional en España.** Alonso Fernández, José Antonio, 2019
64. **La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2019
65. **Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales.** Pérez Losa, Lluís, 2019
66. **La Prueba Digital en el proceso judicial. Ámbito civil y penal.** De Aguilar Gualda, Salud, 2019
67. **La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2019
68. **Piero Calamandrei: Vida y obra. Contribución para el estudio del proceso civil.** Cruz e Tucci, José Rogério, 2019
69. **El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de Crédito Inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE.** Adan Domenech, Federico. 2020
70. **La prueba pericial a examen. Propuestas de *lege ferenda*.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2020
71. **Proceso y Principios. Una aproximación a los Principios Procesales.** Ríos Muñoz, Luis Patricio, 2020
72. **Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*.** Libano Beristain, Arantza, 2020
73. **La segunda oportunidad de personas naturales en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2021
74. **La pragmática de la imputación penal.** Benavente Chorres, Hesbert, 2021
75. **El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial.** González Coulon, María de los Ángeles, 2021
76. **Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law.** Ezurmendia Álvarez, Jesús, 2021
77. **La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos.** Picó i Junoy, Joan; Mendoza Díaz, Juan; Mantecón Ramos, Ariel (Dirs.), 2021
78. **La nueva configuración del secreto profesional del abogado.** Andino López, Juan Antonio, 2021
79. **La enseñanza del derecho en tiempos de crisis: nuevos retos docentes del Derecho procesal.** Picó i Junoy, Joan; Pérez Daudí, Vicente; Navarro Villanueva, Carmen y Cerrato Gurí, Elisabet (Dirs.), 2021
80. **La conducta procesal de las partes.** González Carvajal, Jorge I., 2021
81. **La evolución del derecho procesal a la luz de *Justicia* (40 años de historia).** Picó i Junoy, Joan, 2021
82. **Principios de Justicia Civil.** Ezurmendia Álvarez, Jesús (Dir.), 2022
83. **Derecho Judicial. El derecho de creación judicial a la luz del siglo XXI.** de Porres Ortiz, Eduardo; C. Sosa, Jordan (Dirs.), 2022
84. **La procura a juicio.** Fernández Galarreta, Fco. Javier, 2022

85. Tratamiento judicial de los hombres violentos de género: análisis *lege data* y propuestas de mejora *lege ferenda*. Ordeñana Gezuraga,Ixusko, 2022