

Las teorías del derecho en la formación de los jueces¹

The Theories of Law in the Education of Judges

Lorena Ramírez Ludeña
Departamento de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Fecha de recepción 29/06/2014 | De aceptación: 01/12/2014 | De publicación: 22/12/2014

RESUMEN.

Los jueces asumen una posición sobre qué cuenta o no como derecho cuando resuelven casos. Parece entonces que deberían recibir una buena formación en teoría del derecho, que precisamente intenta ofrecer una respuesta a esa cuestión. En el trabajo analizo las dificultades relativas a la formación de los jueces en teoría del derecho. En la última parte, sostengo que debe formarse a los jueces en diversas teorías del derecho (plausibles) y que las partes del proceso deberían tener una mayor intervención en relación al derecho aplicable.

PALABRAS CLAVE.

Teorías del derecho, formación de los jueces, formalismo

ABSTRACT.

Judges take up a position on what counts as law when they decide a case. It seems, then, that they should get a good education in theory of law, which purports to provide an answer to that very question. In this paper, I analyze the difficulties regarding the education of judges in legal theory. In the last part, I argue that judges should be educated in several (plausible) theories of law and that the parties in litigation should have a greater say in relation to the applicable law.

KEY WORDS.

Theories of law, education of judges, formalism

¹ Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto DER 2013-48066-C2-1-R (Ministerio de Economía y Competitividad). Agradezco a Josep Maria Vilajosana, Diego Papayannis, Sebastian Agüero, Íñigo Ortiz de Urbina, Alberto Carrió, Josep Lluís Martí y José Juan Moreso sus comentarios a una versión previa de este trabajo. Quiero agradecer especialmente a Jorge Malem todas las discusiones y sugerencias sobre la cuestión de la formación de los jueces. Asimismo, agradezco los comentarios críticos y sugerencias de los participantes del XVI Seminario Internacional de Teoría del Derecho de Bahía Blanca (2014), y de los grupos de derecho del trabajo de la Universidad Pompeu Fabra y de filosofía del derecho de la Universidad de Girona.

1. Introducción 2. Lo que ocurre y lo que debería ocurrir 3. La formación de los jueces en teoría del derecho: el rechazo del formalismo 4. Teorías del derecho y división de poderes. ¿Son comparables las teorías? 5. ¿Y si no son comparables? 6. Hacia un cambio de perspectiva 7. Consideraciones finales

1. Introducción

En sus planteamientos, los teóricos del derecho toman en consideración, de un modo u otro, la actividad judicial. Con ello no quiero decir que lleven a cabo estudios empíricos de las actuaciones de los jueces, sino, simplemente, que reflexionan acerca de la labor judicial cuando elaboran sus teorías². Menos claro resulta en cambio en qué medida los jueces tienen en cuenta los desarrollos de los teóricos del derecho al desempeñar su actividad.

Es difícil controvertir que en los sistemas contemporáneos los jueces tienen por función aplicar el derecho, y hacerlo de forma motivada³.

² Esto es así en el caso de Hart, de Dworkin, pero también, por ejemplo, para los realistas genoveses. Véase, por ejemplo, Hart, 1994, Dworkin, 1986 y Guastini, 2012. A lo largo de este trabajo haré referencia, junto al formalismo legalista, a las tres posiciones anteriores. Puede cuestionarse que tome en cuenta únicamente cuatro posiciones, y la propia elección de las posiciones. Sin embargo, creo que la elección se justifica por la incidencia de esas teorías en el debate contemporáneo. Creo, además, que los argumentos que aquí se presentan pueden extenderse sin dificultad al resto de concepciones del derecho.

³ Suele hacerse también referencia a otras funciones de los jueces, como hacer justicia o preservar la paz social. Sin embargo, a diferencia de esas otras funciones, la de aplicar el derecho no acostumbra a ser controvertida (pues se la puede considerar intrínseca a la labor judicial), aunque especificar en qué consiste

Así, el juez tiene el deber de resolver todos los casos con base en el derecho. Ello es contingente, puesto que podría no tener el deber de resolver siempre, y podría tener el deber de aplicar otros estándares. Además, la exigencia de motivación en derecho también es contingente. Al resolver los casos, los jueces asumen una posición, de manera más o menos consciente, de manera más o menos articulada, acerca de qué es el derecho. Y no pueden no hacerlo. Es decir, al resolver están presuponiendo que se da una determinada conexión (o no) entre el derecho y la moral, están dando relevancia a determinados instrumentos interpretativos (y no a otros), entienden los principios de un determinado modo, etcétera. Esas asunciones condicionan en buena medida el modo en el que razonan y la solución que dan a los casos.

Por otro lado, las diferentes teorías del derecho nos conducen a identificar, como parte de los sistemas jurídicos, diferentes normas, al menos en algunos casos. Esto no supone asumir que las teorías del derecho se pronuncian sobre las concretas exigencias de los sistemas jurídicos particulares. Tampoco supone creer que tener en cuenta una determinada teoría del derecho nos permite ofrecer *siempre* una respuesta a la cuestión de la identificación del derecho de los

aplicar el derecho motivadamente sí pueda ser objeto de gran debate. Volveré sobre la cuestión de las funciones al final del trabajo.

ordenamientos jurídicos específicos, puesto que es posible que surjan dificultades en ciertos casos. Lo que quiero decir es que las consideraciones teóricas pueden ser empleadas para la identificación, en última instancia, del derecho de los sistemas jurídicos en un gran número de supuestos. Y, aunque la respuesta que considera correcta cada una de las teorías del derecho puede coincidir en un gran número de casos, en otros puede ser diferente. En este sentido, determinadas soluciones jurídicas son vistas como correctas por unas teorías, pero como incorrectas por otras⁴. Además, los patrones de razonamiento judicial que se derivan de cada teoría son diferentes. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en que lo establecido por el legislador es injusto. Si no pueden invocarse principios subyacentes a la práctica jurídica, el positivista de corte *hartiano* sostendrá que, aunque injusto, ese es el derecho para el caso. Un *iusnaturalista*, en cambio, entenderá que no es así⁵. De modo similar, para un positivista los instrumentos interpretativos

⁴ En el caso del realismo genovés de la mano de Riccardo Guastini (2012), se elude el discurso acerca de la corrección y se hace meramente referencia a la diferencia entre interpretación y creación en atención a los diferentes instrumentos interpretativos vigentes. No obstante, creo que ello no es problemático para el punto que señalo puesto que, en todo caso, el conjunto de interpretaciones posibles conforme al realismo es diferente de la concepción *dworkiniana*. Habría que matizar entonces que las diversas posiciones no comparten una misma posición sobre lo que constituye una genuina interpretación, y los casos de creación.

⁵ Obviamente, esto constituye una gran simplificación de las posiciones. No obstante, creo que resulta de utilidad a efectos de mostrar la incidencia de la asunción de diferentes teorías del derecho.

dependen de la práctica interpretativa, no de consideraciones normativas. Pese a que pueda coincidir con un *dworkiniano* en la elección de un determinado instrumento como relevante, el patrón de razonamiento será diferente desde el punto de vista de cada una de las teorías. En un caso, el juez se siente constreñido por las convenciones imperantes, mientras que en el otro lo determinante es el valor que queda resguardado mediante la apelación al instrumento⁶.

Entonces, como he señalado, la visión que tienen los jueces sobre el derecho incide en sus actuaciones. Sus posiciones pueden ser más o menos próximas a las propuestas por los diferentes teóricos del derecho, que ya hemos visto que entienden como correctas distintas respuestas, al menos en algunos casos. Y, aunque la respuesta sea la misma, el modo de razonar que se asume como adecuado según cada una de las teorías es distinto. Dicho lo anterior, parece entonces intuitivo sostener que los jueces deben recibir una buena formación en teoría del derecho, dado que esto tiene una gran incidencia en sus razonamientos y en el derecho que identifican. Es decir, si su labor está estrechamente vinculada con la identificación del derecho, y existen teorías que abordan precisamente esa cuestión, resulta intuitivo pensar que deben tenerlas en cuenta, y

⁶ Véase, en este mismo sentido, el caso de exploradores de las cavernas expuesto por Fuller (2002) y lo señalado acerca de los juicios de Nüremberg por Nino (1997: 18 y ss.).

que ello debe tener un impacto en su formación⁷. Pero, como trataré de mostrar a lo largo del trabajo, la reflexión sobre esta cuestión deja constancia de numerosos interrogantes y problemas.

2. Lo que ocurre y lo que debería ocurrir

En primer lugar, podría plantearse que, en contraste con lo señalado en la introducción, las teorías del derecho pretenden dar cuenta de lo que los jueces *hacen*, y no decirles lo que deben hacer. De este modo, si las teorías del derecho tratan de reconstruir la práctica jurídica, puede defenderse que no tiene sentido que los jueces deban tener en cuenta esas teorías, que precisamente intentan describir, dar sentido o explicar lo que ellos hacen y no prescribir lo que deben hacer. Quizá en el caso de concepciones como la de Dworkin, que pueden caracterizarse como normativas en el sentido de que no se limitan a describir, sino que también se posicionan sobre qué debe hacer el juez, es más

⁷ Este modo de plantear la cuestión supone dejar de lado otra posibilidad: podría admitirse que, cuando decide, el juez asume una determinada posición acerca de qué cuenta como derecho, pero que ello no debe tener un impacto en su formación puesto que pueden existir expertos que le proporcionen la información correspondiente. Por otro lado, en este trabajo me centro exclusivamente en la incidencia de la teoría en la identificación del derecho, y no en otras cuestiones que tienen gran relevancia en la toma de decisiones por parte de los jueces, como es la cuestión de la prueba, con respecto a la que existen también desarrollos teóricos importantes. Sobre prueba, véase Taruffo, 1992 y Ferrer Beltrán, 2007.

sencillo asumir que los jueces deban tenerlas en cuenta, pero no en el resto de los casos⁸. Además, y en conexión con lo anterior, si los jueces ya tienen un dominio práctico de lo que hacen, ¿en qué medida puede ser conveniente que tengan un mayor conocimiento teórico y por qué ello debería comportar un cambio en su actividad?

La primera respuesta que puede ofrecerse al cuestionamiento anterior es relativamente sencilla e intuitiva: tener un mejor conocimiento de la teoría o teorías del derecho que los jueces toman en cuenta en sus actuaciones les ayuda a entender mejor su propia práctica. En este sentido me parece difícil negar que, en ocasiones, los participantes de una práctica determinada (incluso todos ellos) tienen solo una visión sesgada y parcial de la actividad que llevan a cabo. La teorización contribuye a iluminar aspectos de la práctica no tenidos en cuenta por sus participantes⁹. Creo que en este punto puede

⁸ Dworkin, 1986. Podría sostenerse que este modo de presentar la problemática ya supone un posicionamiento teórico contrario a la posición de Dworkin. Creo que no es así en tanto se asuma que las diferentes teorías del derecho tratan de dar cuenta de la práctica; otra cosa distinta es que, llevando a cabo esa tarea, se señale que el derecho es una práctica interpretativa y por ello en un sentido relevante no puede separarse lo que *es* de lo que *debe ser*. Mi trabajo no excluye esta posibilidad, por lo que no prejuzga la cuestión excluyendo a Dworkin.

⁹ En este sentido, los jueces pueden tener una visión sesgada y parcial de los que ellos mismos hacen, de los que hacen otros jueces y de lo que ocurre en la práctica en su conjunto. Por ello, la teorización puede contribuir a iluminar determinados aspectos de la práctica. Esto presupone que es posible comprender la práctica sin ser un juez, pero, además, que en algunos casos los observadores externos (no jueces) pueden tener una mejor comprensión que la de los propios jueces. Siguiendo a Von Wright (1985: 89-95), esto puede ocurrir si el teórico logra establecer vínculos conceptuales que no son transparentes para los

resultar de utilidad trazar un paralelismo con el caso de la gramática. Con respecto a la gramática, es difícil cuestionar que, pese a que los hablantes del castellano tienen en general un dominio práctico de las reglas de la gramática castellana, la teorización al respecto es útil para los propios usuarios del lenguaje. La gramática depende de la práctica, de lo que hacen y presuponen los hablantes competentes, pero al mismo tiempo sirve de patrón de corrección para los sujetos que participan de la propia práctica. Puesto que los diferentes individuos pueden no tener claras las reglas que subyacen o constituyen la práctica en su conjunto, la teorización sobre las reglas de la gramática que llega a conocimiento de los propios participantes resulta de gran utilidad para ellos. Y es especialmente útil para quienes quieren aprender el idioma. Lo anterior no implica entender que una determinada gramática es *la mejor*, y que debe entonces ser perpetuada: el punto central radica en que, si esas son las reglas, y mientras lo sean, deben ser tomadas en cuenta por los hablantes si quieren expresarse correctamente en castellano¹⁰.

participantes. En todo caso, lo que acabo de señalar no excluye que pueda haber jueces que a su vez teoricen.

¹⁰ Trazando un paralelismo entre lo que ocurre en el caso de la gramática y la actividad filosófica, véase Strawson, 1992: 5 y ss. Dado que únicamente me interesa destacar el paralelismo en el sentido de que la teorización puede ser de utilidad para quienes ya tienen un dominio práctico de una determinada actividad, dejo de lado ciertas cuestiones que pueden resultar problemáticas con respecto a la gramática como son, por ejemplo, precisar qué es la

Entonces, de igual forma que ocurre con la gramática, en el caso de la práctica jurídica que los jueces conozcan las diversas concepciones acerca de lo que ellos hacen es útil para que los jueces individualmente considerados entiendan mejor su práctica. Si entienden mejor lo que hacen, y son conscientes de lo que asumen y lo que se deriva de aquello que hacen, les resultará más sencillo adoptar decisiones acordes con su propia práctica y motivarlas de un modo más adecuado. Y, como en el caso de la gramática, conocer la teoría que da cuenta de su actividad tiene especial relevancia para el caso de los jueces jóvenes, que todavía están empezando a desenvolverse en la profesión. De este modo, más allá de que ayude a los jueces que ya llevan tiempo desempeñando su actividad a entender mejor lo que hacen, es indudable que conocer las teorías del derecho puede ser fundamental para la formación de los nuevos jueces¹¹.

gramática, si puede hablarse o no sin gramática, si existe o no una gramática profunda, etcétera.

¹¹ Un aspecto importante, en el que no me detendré, es qué nivel de conocimientos jurídicos debe tener quien teorice sobre el derecho. Siguiendo con el paralelismo con la gramática, parece que quien puede dar cuenta de la gramática que subyace a una lengua tiene que tener un buen conocimiento de esa lengua. En el caso del derecho, ya he señalado lo problemático de que se requiera ser un juez para dar cuenta de su actividad, pero plantea muchas más dudas determinar si el teórico tiene que ser participante de la práctica jurídica en un sentido más amplio. Por otro lado, es importante advertir que, a diferencia del caso de la gramática, en el caso de las teorías del derecho no estoy asumiendo que de la práctica judicial puedan extraerse reglas por lo que respecta a la teoría del derecho, y que por lo tanto las teorías del derecho sean descriptivas y normativas al mismo tiempo, lo que, por ejemplo, Dworkin admitiría, pero que sería rechazado por numerosos autores.

Contra el argumento anterior, puede señalarse que en el caso de la gramática existe algún grado de consenso en que hay una teoría que es la correcta (salvo por lo que respecta a aspectos marginales), pero que ello no es así en el caso de la teoría del derecho y los jueces¹². En la práctica jurídica, existen numerosas teorías del derecho que tratan de dar cuenta de la actividad judicial, y resulta fuertemente controvertido cuál de ellas (si alguna) es la que reconstruye lo que ocurre de mejor modo.

No obstante, creo que es posible defender que los jueces deben tener en cuenta las teorías del derecho sin necesidad de asumir que solo una de las teorías es correcta. Así, en lugar de que imperen las apreciaciones intuitivas de los jueces, sin que tengan del todo claras las implicaciones de lo que asumen, y que pueden ser además cambiantes, parece preferible que tomen en consideración teorías sobre las que han reflexionado y que tienen cierto nivel de sofisticación y coherencia, y que las adopten de modo consistente¹³. Del mismo modo ocurre con

¹² Con lo anterior quiero enfatizar que, más allá de si existe una institución responsable de la gramática de una lengua, y con independencia de si la lengua y su gramática evolucionan de un modo más o menos rápido, no hay un debate extendido y profundo en cada uno de los momentos (espacio-temporalmente determinados) acerca de cuál es la gramática correcta de cada lengua. Y en esto contrasta con lo que ocurre en el caso de las teorías del derecho.

¹³ El hecho de que los jueces tomen en cuenta las teorías del derecho no conlleva, por sí solo, que sus decisiones vayan a ser consistentes (entre los diversos jueces y en el caso de un mismo

las teorías elaboradas por la dogmática jurídica. Resulta conveniente que el juez eche mano a los desarrollos doctrinarios en sus actuaciones puesto que suelen tener un alto nivel de sofisticación, ya que son el producto de la reflexión y el debate entre autores de reconocido prestigio, y cada teoría supone una articulación coherente de los diferentes elementos jurídicos. En cambio, es problemático dejar la cuestión en manos de jueces que en ocasiones tienen escasa formación en estas materias. Y lo es especialmente puesto que ese margen de actuación queda en manos individuos sin una clara legitimidad, que no han sido elegidos democráticamente y que, conforme a lo anteriormente señalado, terminan teniendo una importancia crucial en aquello que el derecho establece para resolver los casos.

Como he apuntado, lo anterior no conlleva comprometerse con que solo una teoría del derecho sea correcta y que los jueces minimicen las posibilidades de error si la tienen en cuenta¹⁴. Igual que ocurre en el caso de la dogmática, se asuma o no que las distintas teorías son

juez a lo largo del tiempo). Sí supone que tomarán en cuenta concepciones que acostumbran a ser internamente coherentes. Pero los diferentes jueces podrían tomar en cuenta teorías diversas, e incluso (aunque menos probable y difícilmente justificable) hacerlo un mismo juez al resolver distintos casos. Todo ello dependerá, entre otras cosas, de cuál sea específicamente su formación en teoría del derecho. Sobre esta cuestión volveré al final del trabajo.

¹⁴ Precisamente, dado que las distintas teorías entienden como casos de error supuestos distintos, parece difícil sostener que se minimizarían los casos de error con carácter general si los jueces toman en cuenta una de las teorías del derecho imperantes.

comparables, se asuma o no que una de ellas es mejor que las demás, parece preferible que los jueces apelen a teorías que han sido pensadas y debatidas, y que son coherentes, antes que a meras intuiciones, que pueden ser cambiantes y derivadas de una escasa formación en su ámbito de actuación. Entonces, ¿cómo debería formarse a los jueces si se asume que su función es aplicar el derecho de forma motivada, y la teoría del derecho tiene incidencia al hacerlo? A esta cuestión dedicaré el resto del trabajo. Primero, presentaré argumentos encaminados a rechazar que la concepción formalista deba tener incidencia. A continuación, una vez descartada la teoría formalista, me plantearé de qué modo podría determinarse cuál es la mejor teoría del derecho. Finalmente, asumiendo que la cuestión acerca de cuál es la mejor teoría del derecho es controvertida, expondré diferentes modos en que podría resolverse el problema.

3. La formación de los jueces en teoría del derecho: el rechazo del formalismo

Conforme a lo apuntado con anterioridad, la imagen que el juez tiene del derecho condiciona sus razonamientos y decisiones. Si asume o no que el derecho está de algún modo relacionado con una moral objetiva, en qué casos, o si introduce o no interpretaciones revolucionarias,

son cuestiones que están determinadas por la manera en que el juez entiende el derecho. Parece entonces cuanto menos cuestionable que la adhesión a una posición u otra deba quedar en manos del juez, puesto que en última instancia estaría teniendo una gran incidencia en la identificación del derecho aplicable al caso que se le presenta. Y, lo que resulta en todo caso criticable es que la identificación del derecho quede en manos de jueces poco formados en teoría del derecho, como ocurre con frecuencia. Pero si, en aras a mejorar la situación, nos planteamos qué formación deberían recibir entonces los jueces, la cuestión dista de ser sencilla.

La primera respuesta intuitiva es simple: hay que formarlos tomando en cuenta *la mejor* teoría del derecho. La pregunta pasa a ser entonces cuál es la mejor teoría del derecho, si acaso existe algo semejante. Si atendemos a los debates actuales en teoría del derecho, podemos constatar que hay diversas teorías que son defendidas por distintos autores, y que está lejos de existir un consenso sobre cuál es la mejor teoría. Y, como veremos con posterioridad, no hay criterios claros que nos permitan posicionarnos. Lo que sí existe es un fuerte consenso en el rechazo de ciertas teorías extremas, que ofrecen una imagen distorsionada de la práctica jurídica. Es el caso del *formalismo (legalista) radical*, que sostiene que el derecho consiste en leyes que pueden ser aplicadas de

manera mecánica por los jueces. Como es bien sabido, el formalismo ha sido fuertemente criticado desde diferentes posiciones, como el positivismo *hartiano*, los partidarios de una concepción *dworkiniana* del derecho, o el realismo¹⁵. Entonces, si existe cierto acuerdo sobre el carácter problemático de la concepción formalista, al ser su posición ciertamente controvertible (la actividad del juez no es mecánica, el lenguaje ordinario tiene límites, existen los principios jurídicos, etcétera) parece entonces claro que el formalismo no debe desempeñar un rol importante en la formación de los jueces. Sin embargo, en muchos casos ello no es así.

En este sentido, la formación que el juez adquiere en España en teoría del derecho durante el periodo inicial es bastante deficiente en dos sentidos. Por un lado, tanto en la oposición como, posteriormente, en la escuela judicial, el temario en teoría del derecho es muy reducido¹⁶. En el

¹⁵ Son conocidas, en este sentido, las apreciaciones de Hart en el capítulo 7 de *The Concept of Law* (Hart, 1994). El formalismo entendido en el modo indicado en el texto no resulta plausible y, de hecho, resulta difícil encontrar a sus partidarios. Se trata, no obstante, de una caracterización útil a efectos de plantear el debate entre las diversas posiciones y entender los argumentos centrales en discusión.

¹⁶ En mi análisis, dejo de lado dos elementos que, obviamente, tienen cierta incidencia en la formación del juez: la formación universitaria y el *background* del juez (lo que se conoce como su ciencia privada). El primero, puesto que su papel es meramente testimonial en la formación de los jueces que se han enfrentado a una oposición. El segundo, porque depende de contingencias difícilmente controlables.

caso de la oposición, que –fundamentalmente por su dureza– tiene un profundo impacto en la formación del juez, los contenidos en teoría del derecho se limitan a unas pocas páginas. Por otro lado, creo que puede afirmarse sin demasiadas dificultades que la oposición tiene, por el modo en que se desarrolla, claros tintes formalistas. Exige del individuo la mera memorización irreflexiva de la ley, y las citas teóricas aparecen en un temario que el opositor simplemente adquiere, sobre las que no desarrolla ninguna actitud crítica. Pero, como he señalado, suele entenderse que el formalismo es una concepción muy ingenua, que no describe adecuadamente la práctica jurídica¹⁷.

En España, el sistema de oposición es generalmente entendido como ineludible, en gran medida para evitar la politización en la selección de los jueces, tan característica de épocas anteriores. Así, la oposición pretende garantizar la imparcialidad y la capacidad de los jueces, y muchas veces se la presenta como la mejor alternativa dado que se asume una falsa

¹⁷ Me centro en el formalismo legalista, aunque hay otras corrientes que suelen llamarse “formalistas” (como la Jurisprudencia de Conceptos, o el Formalismo Langdelliano), que no adoptan esta posición con respecto a la ley. Para un análisis del formalismo en el sentido relevante para esta discusión, véase Schauer, 1988. Entiendo que el modo de acceder a la carrera judicial (y la formación que exige) favorece que los jueces asuman que su actividad es poco reflexiva, en el sentido de que entienden que su labor se limita en buena medida a aplicar la ley de manera no problemática. Esto no supone, en todo caso, que los formalistas entiendan que la actividad judicial es completamente irreflexiva aunque, en la versión a la que aquí hago referencia, sí asumen que es mecánica.

disyuntiva: o malos jueces politizados, u oposición. Pero, aunque la oposición cumple con los requisitos formales establecidos en la Constitución española, creo que no prepara al juez para los problemas que en todo caso debe enfrentar (fundamentalmente, el sistema de oposición no prepara al juez para dar respuesta a los problemas interpretativos de los que deberá hacerse cargo)¹⁸, ni parece ser acorde con las exigencias materiales derivadas de la consagración de un Estado Constitucional. Actualmente, nuestro sistema jurídico es altamente complejo, fruto de la presencia de reglas y principios supra e infra estatales, entre otros materiales jurídicos. Los jueces cada vez tienen que resolver más disputas, y más complejas, y están lejos de tener, a través de la oposición, la formación adecuada. En definitiva, la mera memorización de las leyes resulta en este contexto particularmente deficiente.

Además, tras el largo esfuerzo memorístico que dura aproximadamente cinco años, el individuo que supera la oposición ya se siente plenamente juez, por lo que es difícil que se den oportunidades adicionales para superar, en la escuela judicial a la que acuden con posterioridad,

¹⁸ Esto es lo que Vilajosana (2012) ha denominado “las circunstancias de la jurisdicción”, que no dependen de la complejidad (contingente) de nuestros sistemas jurídicos, sino de los problemas que ineludiblemente debe afrontar el juez, por ejemplo relativos a cómo es nuestro lenguaje.

la formación inicial que tiene este carácter formalista al que hago referencia. La consecuencia de todo ello es que, de hecho, puede decirse que los jueces se hacen conscientes de los problemas que conlleva el desempeño de su tarea cuando empiezan a desarrollar su labor judicial. Es difícil, además, que el sistema cambie, puesto que la oposición opera como una suerte de rito iniciático que permite acceder al grupo y que, teniendo en cuenta los sacrificios que impone, debe mantenerse en el futuro. Y, si tenemos en cuenta que la oposición se prepara de modo privado por los que ya son jueces, se entiende que estos exijan de quien se está formando una mera repetición irreflexiva de la ley, y que el sistema perviva¹⁹. Por otro lado, una vez que empiezan a desempeñar su función, es difícil que los jueces se formen adecuadamente en teoría del derecho. Un elemento que incide en que sea dificultoso que reciban la formación adecuada es precisamente que hay numerosas teorías de gran nivel de abstracción y sofisticación, que solamente introducen diferencias menores respecto a concepciones anteriores. La existencia de tantas teorías, y de semejante nivel de complejidad, tiene que ver con cómo opera el reconocimiento

¹⁹ Que solo se hayan dedicado a memorizar durante cuatro años, y que tengan que ser individuos con un perfil económico determinado para poder sufragar los gastos que se generan durante esos años, contribuye sin duda a que los futuros jueces puedan tener ciertas carencias en relación con la complejidad de sus tareas y la trascendencia social y económica de su labor. Señalando los puntos anteriores, véanse, por ejemplo, Jiménez Asensio (2001), Guarineri (2001), Hernández García-Sáiz Arnáiz (2003) o Jaria i Manzano (2010).

de la investigación universitaria, que exige publicar continuamente y sobre temas que suelen estar lejos de lo que podría resultar de interés para los jueces. El resultado de todo esto acostumbra a ser que el juez termina adoptando posiciones eclécticas que no respetan los fundamentos de las diferentes teorías²⁰.

Entonces, parece que hay teorías incorrectas en tanto no dan cuenta de aspectos prominentes de la práctica jurídica, de las que debería prescindirse en la formación de los jueces. Pero, dejando de lado el formalismo y otras teorías extremas, como las formas radicales de realismo, no está tan claro si hay una teoría que sea correcta, un grupo de ellas, ni cómo podemos determinar cuál o cuáles lo son.

²⁰ Apuntando consideraciones similares con respecto a la dogmática jurídico-penal, véase Ortiz de Urbina, 2003: capítulo 1. Contra lo señalado en el texto al subrayar que el formalismo da lugar a una imagen distorsionada de la práctica jurídica, podría enfatizarse que los jueces deciden algunos casos como dice el formalista. Por mi parte, entiendo que la mera existencia de casos fáciles en que los jueces deciden sin dificultades no supone que los jueces asumen que el formalismo es verdadero en algunos casos. Esto es así en tanto no parece tener sentido que una posición general acerca del derecho, como el formalismo, sea verdadera solo en algunos casos. Concepciones como la de Hart y la de Dworkin dan también cabida a los casos fáciles, pero además ofrecen una explicación plausible de por qué se plantean casos que suponen dificultades.

4. Teorías del derecho y división de poderes. ¿Son comparables las teorías?

Una estrategia en aras a decidir cómo formar a los jueces podría consistir en escoger la teoría más acorde a la división de poderes, elemento fundamental en los sistemas jurídicos contemporáneos²¹. La noción de división de poderes es problemática y puede referirse, entre otras cosas, a evitar meramente que el poder esté en manos de un único individuo, a que haya una diferenciación de diversos poderes, a que los diferentes poderes sean ejercidos por diferentes personas, a que no haya preeminencia de un poder, e incluso a que haya un control entre los diferentes poderes²². Aquí la entenderé en el sentido de que distintos poderes sean conferidos a diferentes grupos de individuos.

El formalismo radical y el positivismo de corte *hartiano* parecen ofrecer reconstrucciones que son acordes con la división de poderes. En ambos casos, se entiende que el poder legislativo introduce disposiciones que son aplicadas por el juez. En contraste con el formalismo, para Hart

²¹ Acerca de la separación de poderes y sus problemas, véase Malem - Seleme, 2013. Como señalan los autores, con carácter general la división de poderes pretende preservar la eficiencia y evitar la tiranía. En el caso de los jueces, que haya división de poderes supone la independencia del juez, lo que depende de múltiples consideraciones como el tipo de pruebas para acceder a la carrera judicial, del programa, pero también de quién controla los destinos, los ascensos, si las plazas son fijas, de cuál es el gobierno de los jueces, con qué criterios se los puede remover, si hay mecanismos de acceso alternativos, cuál es su sueldo, etcétera.

²² Señalando estos diferentes usos de la expresión, así como denunciando los problemas que ello acarrea, Marshall, 1982: 164.

esta actividad no es puramente mecánica, principalmente por los problemas asociados con el lenguaje ordinario, pero está claramente constreñida por lo establecido por el legislador²³.

En cambio, más problemático parece ser conciliar la división de poderes con la concepción *dworkiniana* y con el realismo. Para Dworkin, el hecho de que se haya introducido una disposición por el poder legislativo, y los valores que fundamentan tener en cuenta esa disposición, son solo elementos a ponderar por el juez a la hora de determinar qué exige el derecho²⁴. En el caso del realismo de corte genovés, lo fundamental es que el juez tiene diferentes opciones entre las que escoger, en atención a los diferentes instrumentos interpretativos. Algunos de ellos, como el sentido ordinario de los términos o la intención del legislador, parecen acordes con la división de poderes, pero no es el caso de todos los instrumentos que puede invocar el juez, entre los que se halla la analogía o el argumento *a contrario*. Además, incluso aunque, contingentemente, la respuesta escogida por el juez sea una en apariencia respetuosa con la división de poderes, para el realista ello sería fruto de una decisión del juez, quien, invocando

un instrumento diferente, podría haber optado por otra interpretación²⁵.

Pese a lo que acabo de apuntar, creo que el argumento vinculado con la división de poderes no es concluyente para descartar o escoger teorías del derecho. Así, por ejemplo, el realista podría responder que la suya es una descripción de cómo se desarrolla la práctica y que, si ésta no es respetuosa con la división de poderes, ello no va en detrimento de su teoría. En realidad, esta respuesta por parte del realismo pone de manifiesto los problemas que se plantean si intentamos comparar las diversas teorías. Si bien la concepción *dworkiniana* hace referencia a los diferentes valores relevantes en la identificación del derecho, entre los que se encuentra la división de poderes, en el resto de casos los autores sostienen que están dando cuenta de la práctica, adoptando una metodología bien distinta, no normativa. Por ende, esta línea argumentativa para decidir cuál es la mejor teoría (que apela a la idea de división de poderes) resultaría problemática por poner el énfasis en consideraciones normativas, lo que sería rechazado por gran parte de las concepciones en pugna. Si no tenemos claro qué teoría del derecho es preferible y la cuestión es controvertida, no podemos escoger entre las teorías por una decisión metodológica que también es

²³ Véase Hart, 1994: capítulo 7.

²⁴ Dworkin, 1986: capítulo 6.

²⁵ Guastini, 2012. Martí (2002) plantea este argumento relacionado con la división de poderes contra el realismo genovés.

controvertida, y que no comparten muchas de las teorías²⁶.

En definitiva, lo anterior llama la atención sobre el carácter comparable o no de las teorías. Pensemos en el caso del debate entre Hart y Dworkin. Podría entenderse que, en realidad, no se trata de dos teorías en pugna puesto que los objetos de ambas son distintos: la teoría *hartiana* es general puesto que se refiere a todos los sistemas jurídicos y, en cambio, la *dworkiniana* se centra en la práctica de los altos tribunales en Estados Unidos. También podría sostenerse que, aunque la pretensión de Dworkin es general, relativa a todos los sistemas jurídicos, se centra meramente en los casos que llegan a los tribunales de justicia, en contraste con Hart, cuya teoría es más abarcadora. Pero, dejando esto de lado, asumamos que –con sus diferencias– ambas comparten el objeto de estudio. Los fines en

²⁶ Creo que hay dos modos de analizar la cuestión. Por un lado, podría sostenerse que la división de poderes es algo valioso, y que es preferible una teoría del derecho que le confiera tal valor. Por otro lado, podría defenderse que, con independencia de que sea o no valiosa, la división de poderes ocupa un lugar central en nuestras prácticas, y que es preferible una teoría del derecho que dé cuenta de tal elemento, fundamental en los sistemas jurídicos contemporáneos. En el primer caso, la respuesta que podría ofrecerse es la presentada en el texto. En el segundo, el realista de todos modos negaría que ese sea un elemento central puesto que, dado el modo en que el derecho es, la división de poderes no puede ser más que una ilusión. No podemos desechar una teoría por no reconocer un rasgo que, precisamente, esa teoría rechaza que pueda darse. Es importante destacar que algo similar ocurriría si, en lugar de la división de poderes, analizáramos las diversas teorías en función de su respeto de los derechos humanos, la democracia constitucional o cualquier otro rasgo, ya sea estructural o sustantivo, que forme parte de la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos.

ambos casos también parecen ser los mismos (relacionados con ofrecer una imagen adecuada del fenómeno jurídico). Sin embargo, incluso si admitimos que ambas teorías pretenden dar cuenta del mismo objeto, el derecho, y que tienen los mismos fines, resulta conveniente plantearse si podemos compararlas y determinar cuál es preferible, puesto que una pone el acento en hechos prominentes de la práctica, y la otra en consideraciones normativas. En otros términos, podría cuestionarse que se las pueda comparar puesto que no comparten una metodología²⁷.

Pensemos en el problema de los desacuerdos, planteado por Dworkin contra el positivismo de corte *hartiano*²⁸. Para los positivistas, si los jueces desacuerdan no existe una convención y, por tanto, tampoco derecho. Por ello, ofrecen alternativas, como por ejemplo el error o la hipocresía, para explicar por qué tiene lugar una argumentación pretendidamente jurídica cuando debería ser obvio que no hay derecho que identificar²⁹. Los desacuerdos no son, en cualquier caso, abundantes, según su posición. Para Dworkin, en cambio, tiene sentido que los individuos desacuerden y discutan sobre qué exige el derecho cuando se agotan las

²⁷ Sobre las dificultades que supone la comparación entre teorías del derecho, véase Bix, 2006: 167-191. Acerca de las cuestiones metodológicas en filosofía, véase Cabanchik, 2010: 255-281.

²⁸ Dworkin, 1986.

²⁹ Leiter, 2007.

convenciones, puesto que presuponen valores que entran en pugna en la resolución del caso. Incluso, si los desacuerdos no se producen en muchos casos, ello es así puesto que los diferentes valores apuntan en la misma dirección. En otras palabras, lo que para un *hartiano* son argumentos normativos para cambiar el derecho, para un *dworkiniano* es un desacuerdo teórico acerca de lo que el derecho establece. Por tanto, ambos autores intentan dar cuenta de lo que ocurre en la práctica jurídica con presupuestos metodológicos diversos.

Podría sostenerse que ello es así por el tipo de práctica que tenemos, pero que podría darse el caso de que la práctica fuera de tal modo que solo una de las teorías fuera correcta. Sin embargo, incluso si nos planteáramos qué ocurriría si los jueces asumieran de un modo claro una concepción *hartiana* o *dworkiniana* del derecho, creo que no podríamos zanjar la cuestión. Si los jueces enfatizan o presuponen la relevancia de las convenciones, para un *dworkiniano* ello es así precisamente porque están presuponiendo la relevancia de ciertos valores. En cambio, si los jueces invocaran valores con frecuencia, el *hartiano* podría entender que ello es así en tanto existe entre los jueces una convención para hacerlo, o podría defender que en realidad estamos frente a un caso dudoso de sistema jurídico. Entonces, no parece que podamos

imaginar hechos que vayan a determinar de manera concluyente la disputa.

Si, dado que parten de asunciones metodológicas muy distintas, las diversas concepciones son difícilmente comparables, considero que la cuestión central a tener en cuenta no es cuál es la mejor teoría del derecho, sino *qué debe enseñarse a los jueces, dado el contexto de incertidumbre acerca de cuál es la mejor teoría del derecho*. Dado que, hubiere o no una posición mejor, no sabemos cuál es, la cuestión relevante es qué debe hacer el Estado en relación con la formación de los jueces en esta situación³⁰.

5. ¿Y si no son comparables?

Hasta ahora he intentado mostrar por qué es necesario que se mejore la formación de los jueces en teoría del derecho. Además, he señalado que, pese a las discrepancias acerca de cuál es la mejor teoría del derecho, el formalismo no debería ocupar el lugar que de hecho ocupa en la actualidad en el sistema español.

³⁰ Con ello estoy trazando un paralelismo con lo señalado por Waldron (1999: capítulo 8), quien hace referencia a la irrelevancia de la objetividad en materia moral dado que no conocemos lo que exigiría la moral objetiva y los jueces toman en cuenta lo que ellos creen que establece la moral objetiva. En contraste con lo señalado en el texto, podría argumentarse que una teoría es mejor o peor que otra en atención a satisfacer determinados fines. No obstante, y salvo que se identifiquen fines ulteriores, en el caso que me ocupa el fin es la identificación del derecho para aplicarlo, con lo que la cuestión no quedaría resuelta de este modo.

En este punto, si tenemos presente que la concepción del derecho asumida por los jueces tiene relevancia, y que existe un profundo desacuerdo acerca del cuál es la mejor teoría del derecho, creo que pueden distinguirse varias posibilidades a efectos de quién debería tener la última palabra sobre cómo formar a los jueces en teoría del derecho. Analizaré las diversas opciones tomando en cuenta su razonabilidad, su legitimidad y si generan o no incertidumbre en las partes³¹. Entenderé que estos elementos tienen un carácter gradual en el sentido de que, si atendemos a las diversas posibilidades que plantearé, los tres elementos pueden satisfacerse en mayor o menor medida en cada una de las situaciones.

Podría señalarse que, conforme a lo que apunté con respecto a la división de poderes, no puedo escoger entre las diversas teorías con base en consideraciones normativas (ahora relativas a su razonabilidad, legitimidad y previsibilidad). No obstante, lo que me ocupa ahora no es escoger *cuál es la mejor teoría* con argumentos

³¹ Aunque, al tratarse de una primera propuesta tentativa, no analizaré en detalle cada uno de estos elementos, creo conveniente precisarlos en alguna medida. En este sentido, entenderé la razonabilidad en contraposición a la arbitrariedad, por lo que una decisión será poco razonable en cuanto a la elección de la teoría del derecho si esa elección no responde a buenas razones. En cuanto a la legitimidad, asumiré que ésta depende de que los individuos en cuestión han sido escogidos democráticamente. En tercer lugar, y en relación con la certidumbre, me centraré en si cada una de las soluciones hace más cierto o no el resultado para las partes por lo que respecta a la identificación del derecho.

normativos, sino determinar *qué debe hacerse*, dado el contexto de incertidumbre acerca de cuál es la mejor teoría. Y esta es, desde su inicio, una pregunta eminentemente normativa.

Por otro lado, es obvio que, en última instancia, quién tiene que determinar qué debe hacerse es el legislador. Las posibilidades que aquí planteo son entonces posibilidades entre las que puede escoger el legislador en relación a quién va a tener la última palabra en la formación de los jueces en teoría del derecho.

En todo caso, lo que sigue es solo un primer abordaje tentativo de la cuestión, por lo que el planteamiento y análisis de las diferentes opciones no pretende ser exhaustivo.

La primera posibilidad sería, como ocurre con frecuencia en otras disciplinas, educar al juez conforme a la teoría iusfilosófica dominante. Se conferiría entonces relevancia a los expertos, en este caso profesores que confeccionan los materiales e imparten los cursos. No obstante, creo que puede apreciarse fácilmente que esta alternativa es problemática puesto que -como ya he señalado- no es sencillo determinar cuál es la teoría dominante. Por otra parte, enseñando solo una teoría no se estaría fomentando el espíritu crítico del juez. Esta posición podría entonces comportar problemas de razonabilidad, de legitimidad, pero no de incertidumbre. En cuanto a la razonabilidad, el experto y, en última

instancia el juez, puede basar sus decisiones en ideas poco articuladas, en prejuicios, etc., Por lo que respecta a la legitimidad, si ello tiene un impacto en la motivación y decisión de los casos por parte de los jueces, resulta cuestionable que sean determinados expertos no escogidos democráticamente quienes decidan. En tercer lugar, y en relación con la incertidumbre, será una determinada teoría la que se enseñaría, por lo que podrá preverse en buena medida qué posición adoptará el juez con respecto al derecho.

La segunda posibilidad sería que, dado el contexto de incertidumbre acerca de cuál es la mejor teoría del derecho, se forme al juez en las diferentes teorías, para que sea él quien elija con suficiente información. Si bien esta opción no resuelve los problemas de legitimidad (puesto que los jueces no son elegidos –en general– democráticamente³²), y puede generar incertidumbre (pues muchas veces será difícil prever qué posición tendrá el juez sobre qué es el derecho, salvo que haya jueces que siempre operen del mismo modo), probablemente

conducirá a una situación más razonable, en que el juez opera con mayor información, dando lugar a mejores decisiones desde el punto de vista de la teoría del derecho y de la argumentación, y mejor fundadas. En definitiva, el sistema manifestaría una gran deferencia con el juez, quien en este caso tendría la última palabra.

La tercera posibilidad consistiría en que quede en manos del legislador la elección de la concreta teoría para formar a los jueces. Así, podría sostenerse que, dada la incidencia que ello tiene en la identificación y aplicación del derecho, los legisladores tienen que reflexionar y pronunciarse acerca de la teoría del derecho. No obstante, parece incluso un tanto absurdo que el legislador, sujeto al devenir de la actividad política, deba pronunciarse sobre cuestiones relativas a la teoría del derecho. Un modo de articular cómo ello podría producirse sería escogiendo la concepción o concepciones acerca del derecho que considera más adecuadas, a efectos de que ello se incorpore en el temario de los jueces³³ (lo que actualmente, en el caso español, está en manos del Consejo General del Poder Judicial –CGPJ–, que no cuenta

³² Como he señalado, entiendo que la legitimidad está vinculada con la elección democrática. En este sentido, en el caso español los jueces no son escogidos democráticamente y por tanto no están dotados de esa legitimidad. En un sentido distinto, los jueces sí tienen legitimidad en tanto son escogidos en base a procedimientos determinados democráticamente, y los propios jueces aplican normas dictadas por órganos con legitimidad democrática, y siguiendo procedimientos fijados en normas democráticas. La legitimidad como aquí se la emplea tampoco apunta al contenido de las decisiones, a si estas son justas o a si reflejan las convicciones de la comunidad.

³³ Otra posibilidad sería que, dado que lo que le importa fundamentalmente al legislador son las implicaciones que una u otra teoría del derecho puedan tener a la hora de escoger ciertos instrumentos o técnicas interpretativas, se considerara que es suficiente con que diga algo sobre esta otra cuestión. En la literatura norteamericana, existen numerosos trabajos que abordan esta problemática: en qué medida debe pronunciarse el legislador sobre los instrumentos interpretativos, qué debe asimismo especificar el juez, qué relación debe darse entre ambos para abordar los problemas que puedan surgir, etc. En este sentido, véase por ejemplo Gluck, 2013.

con una legitimidad directa³⁴ y que está en buena medida influido por consideraciones de tipo político). Que fuera el legislador quien estableciera lo anterior haría que se incrementara la previsibilidad, así como, sin lugar a dudas, su legitimidad (en el sentido de que se trata de un órgano escogido democráticamente). Que su posición sea o no razonable es una cuestión dudosa y del todo contingente. En este sentido, el legislador puede adoptar una decisión u otra, y además ello cambiará con el tiempo, lo que puede ser problemático al exigirse que el juez varíe la visión del derecho que suscribe o asume. En todo caso, la última palabra a efectos de precisar qué teoría es relevante para la formación de los jueces la tendría entonces el legislador³⁵.

Entonces, si bien la primera opción destaca por incrementar la previsibilidad, la segunda lo hace por aumentar la razonabilidad y la tercera la

³⁴ En este caso, puede afirmarse que la legitimidad del CGPJ es indirecta, puesto que sus miembros sí son escogidos, a diferencia de lo que ocurre con carácter general en el caso de los jueces en España, por órganos que a su vez son elegidos democráticamente.

³⁵ Podría sostenerse que, si la cuestión queda en manos de los legisladores, estos siempre van a optar por concepciones formalistas (o tan cercanas a ellas como sea posible), porque siempre van a tener la voluntad de que los jueces se limiten a aplicar lo que ellos aprueban. Creo, sin embargo, que los legisladores pueden asumir concepciones *dworkinianas*, si entienden que el derecho es una práctica argumentativa y que la promulgación de las leyes es solo un elemento al que subyacen determinados valores, que hay que ponderar. O incluso, lo admitan o no, podrían ser realistas, entendiendo que el derecho es una cuestión de ejercicio de poder, en que los jueces cuentan con diversos instrumentos entre los que escoger. Ahora bien, que estén dispuestos a plasmar esta visión acerca del derecho en los materiales de estudio de los jueces es obviamente bastante poco probable.

legitimidad. Más cuestionable es, en cambio, si pueden llegar a satisfacerse y en qué medida el resto de elementos en cada uno de los casos. ¿Cómo podemos entonces escoger entre las tres posibilidades?

6. Hacia un cambio de perspectiva

Aunque ninguna de las posiciones anteriores parece en principio claramente preferible, creo que podemos decantarnos por una de ellas si atendemos a consideraciones adicionales. Hemos visto, al comienzo del trabajo, que la visión que el juez tiene sobre cuestiones relativas a teoría del derecho condiciona el derecho que identifica. Creo que tener presente lo anterior debería conducirnos a cuestionar la asunción, habitual en los sistemas jurídicos contemporáneos, de que el derecho es conocido por el juez, y a problematizar la diferenciación que normalmente se hace entre la prueba de los hechos y la determinación del derecho aplicable.

En relación con la prueba de los hechos, generalmente se entiende que es fundamental, tanto para el derecho de defensa como para un mejor acceso a la verdad material, que las partes tengan la oportunidad procesal de presentar su propia versión de los mismos, y de evaluar y discutir lo que propone la parte contraria. Sobre la cuestión normativa, si bien de hecho las partes

intervienen en la interpretación, el proceso no prevé expresamente un momento de diálogo o contradicción, sino que el derecho se presume conocido por el juez. No se piensa en el juez como emitiendo un *juicio* con relación al derecho, sino como directamente expresando cuál es el derecho³⁶.

Entonces, creo que el impacto de las consideraciones relativas a la teoría del derecho en la identificación del mismo por parte de los jueces debería tener incidencia en la intervención de las partes y en lo que debe hacer el juez con respecto al derecho aplicable en el proceso. Si bien actualmente las partes de un proceso judicial ya intervienen en relación a cuál es el derecho³⁷ y,

³⁶ Precisamente por ello suele señalarse que el juez tiene la obligación de conocer el derecho y que el juez comete un error si lo desconoce. De acuerdo con Malem (2008: 114 y ss.), el juez, basado en el principio *iura novit curia*, debe aplicar la disposición correctamente interpretada aunque se aparte de las aducidas por los litigantes siempre que se respete la *causa petendi* y el *petitum*. Analizando las diferencias entre la prueba de los hechos y del derecho, aunque con otros propósitos, Redondo (2009: 3 y ss.), quien critica que toda la conciencia acerca del carácter indirecto y tentativo del conocimiento de los hechos falte con respecto al conocimiento del derecho. Las diferencias entre hechos y derecho a la que he hecho referencia en el texto no supone comprometerme con que la prueba de los hechos esté completamente desvinculada de la especificación del derecho. En este sentido, las partes prueban en atención a una disposición y una determinada interpretación de la misma, pero considero que ello no resta valor a que haya un momento específico (del que las partes sean conscientes) de contradicción sobre el derecho.

³⁷ Por ejemplo, en el caso del derecho penal español, en los informes que cierran el juicio oral, se habla tanto de hechos como de derecho. También se discute el derecho en las múltiples oportunidades para interponer recurso. E incluso se puede pedir un sobreseimiento provisional o completo, en cualquier momento de la instrucción, alegando que los hechos (que se aceptan) no son constitutivos de delito dada cierta interpretación del enunciado normativo.

de hecho, en muchos casos se discuten fundamentalmente cuestiones de derecho³⁸, lo que se apunta aquí es que ello fuera algo más acentuado y ordenado, como lo es en la prueba de los hechos. Ello haría que la cuestión de la identificación del derecho en sede judicial fuera más legítima, por la intervención de las partes. Además, sin duda ello provocaría que la cuestión del derecho aplicable fuera más previsible para las partes. Los mayores problemas podrían venir dados por la falta de razonabilidad, puesto que las partes no estarán preocupadas por articular una concepción plausible del derecho, sino por invocar aquella que favorezca sus intereses. Pero, como trataré de mostrar a continuación, creo que este último inconveniente puede ser superado en gran medida si combinamos este modo de entender las cosas con respecto a la especificación del derecho con una de las alternativas que planteé anteriormente sobre la formación de los jueces en teoría del derecho.

Entonces, si lo que acabo de señalar sobre la identificación del derecho en el proceso resulta convincente, creo que podemos escoger entre las opciones anteriormente expuestas (deferir a expertos, al juez o al legislador), en atención a cuál permitiría al juez (en este nuevo marco) desarrollar su función del mejor modo. En este sentido, creo que la segunda alternativa, en que se

³⁸ Lo que, obviamente, depende de la estrategia por la que opten los individuos y abogados inmersos en el proceso.

forma a los jueces en las distintas teorías, es la más adecuada. Un juez con conocimiento suficiente sobre las distintas alternativas es más sensible a los argumentos de las partes y tiene la capacidad de elegir y motivar mejor su decisión. Ello, además, permite corregir el problema de razonabilidad apuntado anteriormente: pese a que las partes traten de favorecer la posición más acorde a sus intereses, el juez tiene la capacidad de evaluar las distintas alternativas de forma razonada, dada la formación de la que dispone³⁹. De este modo, la combinación de ambos elementos nos conduce a una situación que permitiría satisfacer en gran medida los tres rasgos que consideré relevantes: razonabilidad, legitimidad y certidumbre.

7. Consideraciones finales

La posición que los jueces adoptan (de manera más o menos consciente, y más o menos articulada) sobre qué cuenta o no como derecho tiene una indudable relevancia práctica. Por ello, es importante pensar acerca de la formación de los jueces en teoría del derecho. Si existen sujetos que se dedican precisamente a reflexionar sobre la cuestión de la identificación del derecho, en

principio parece deseable que los jueces tomen en cuenta los desarrollos de las teorías del derecho, y no que actúen con base en sus intuiciones.

En este trabajo he intentado mostrar que, en el caso español, tiene que haber cambios con respecto a la situación actual relativos a la formación de los jueces en teoría del derecho. Los límites inherentes al derecho, así como los cambios derivados de la incidencia de las constituciones, entre otros aspectos, deben conducirnos al rechazo de una educación formalista de nuestros jueces, característica del proceso de selección en el sistema español, y que tiene una importancia fundamental en su formación. Descartado el formalismo radical, mucho más controvertido es, en cambio, identificar cuál de las otras concepciones debería tener un papel relevante en la formación de los jueces.

Si no podemos determinar qué teoría, si alguna, es preferible, creo que la cuestión central pasa a ser entonces qué debemos hacer dado ese contexto de incertidumbre. En este último ámbito, he propuesto tres posibilidades, que suponen la deferencia a diferentes agentes a efectos de seleccionar con qué teoría o teorías debe formarse a los jueces. Las diversas opciones son problemáticas, pero son sin duda mejores que la situación actual, en que el juez elige con una pobre formación en teoría del derecho.

³⁹ En este sentido, Chabott (2014) destaca la relevancia de que los jueces reciban una buena formación para que no sean fácilmente influibles.

Finalmente, si admitimos que la similitud entre hechos y derecho debe incidir en el papel de las partes y en el posicionamiento del juez, creo que la mejor opción a efectos de la formación de los jueces es aquella que les proporciona información relevante acerca de las diversas teorías imperantes. Entonces, si combinamos cómo debería operar la determinación del derecho durante el proceso con la segunda de las posibilidades planteadas, en que se educa al juez en las diversas teorías del derecho, se introducen las condiciones necesarias para que los posicionamientos por parte del juez en relación al derecho sean razonables (puesto que el juez decidirá y motivará contando con más información de la que dispone actualmente, y por lo tanto con más criterio, y una vez que haya escuchado los argumentos de las partes), legítimos (por la posibilidad que tienen las partes de participar en esta cuestión) y garanticen en buena medida la previsibilidad (puesto que ha habido en el proceso un momento específico de contradicción de las diversas posiciones, que no queda sin más en manos del juez). No hay que olvidar que, aunque puedan darse casos en que se planteen problemas y los elementos anteriores no se satisfagan en buena medida, esta situación será sin duda mejor que la que se da actualmente, en que jueces no escogidos democráticamente operan de modo intuitivo y poco previsible con

respecto a la identificación del derecho. De este modo, una mejor formación en teoría del derecho no solo ayudará a los jueces a entender mejor su propia práctica, sino que les resultará de utilidad para adoptar soluciones mejor fundamentadas.

Obviamente, que se produzca efectivamente una mejor formación de los jueces no depende solo de que el temario de la oposición sea más adecuado, sino también de que el sistema de selección no se limite a la sola memorización irreflexiva durante un largo periodo. Aquí me he centrado especialmente en el sistema existente en España, en que la oposición es fundamental para el acceso a la carrera judicial y ésta acostumbra a tener lugar en una etapa relativamente temprana. La situación sería diferente si el sistema no se basara en una oposición como la nuestra, en que, por ejemplo, los jueces tuvieran años de experiencia en otras actividades y hubieran podido mostrar sus destrezas en los problemas que representa la identificación del derecho. Pero, exista o no oposición, en todo caso creo que es importante garantizar, de un modo u otro, que los jueces cuenten con cierta formación en teoría del derecho. En este sentido, si diferenciamos la formación del reclutamiento de los jueces, el énfasis en este trabajo ha estado puesto en la relevancia de la formación en teoría del derecho, que no queda garantizada de un modo adecuado con el sistema de reclutamiento actual en España mediante la oposición, que a su vez tiene un

impacto fundamental en la formación de nuestros jueces.

Podría señalarse que este trabajo debería haber comenzado por la reflexión acerca de las funciones de los jueces y, dependiendo de cuáles sean estas, determinar cuál sería la formación más adecuada. No obstante, la cuestión de las funciones es controvertida. Por ello, he preferido comenzar por una que suele entenderse como característica del poder judicial: la aplicación del derecho. Pero, aunque considere que esta es una mejor estrategia para aproximarme a la problemática, ello no significa que la cuestión relativa a las funciones de los jueces no sea muy importante a efectos de la formación de los jueces. En este sentido, creo que lo aquí señalado debe ser completado una vez que se tome posición en el debate acerca de las funciones. Las consideraciones anteriores no dependen, en todo caso, de cuál sea, contingentemente, el sistema normativo del juez. Así, no se requiere que el sistema diga que el juez debe aplicar el derecho. Y es irrelevante que el sistema haga o no referencia a cuestiones morales, incorpore principios, etc. Por ejemplo, haya o no principios, cuál es su contenido y cuál es su papel en el razonamiento del juez no depende de lo que diga la propia normativa, sino del modo en que los jueces los entiendan.

Por otro lado, podría apuntarse que enseñar diversas teorías no nos conducirá a que los jueces opten por la misma teoría del derecho, y por tanto sus posicionamientos no serán consistentes. Pero, de nuevo, la situación ya será mejor que la actual: una vez descartadas las teorías radicales, el hecho de que los jueces opten por una de las concepciones plausibles en teoría del derecho ya supondrá un mejor escenario, puesto que adoptarán posicionamientos que serán internamente coherentes y podrán fundamentarlos de un mejor modo. Ello, obviamente, no puede garantizar que el resto de jueces operen de la misma manera, y ni siquiera que lo haga el mismo juez en otros casos. Sin embargo, creo que la mejor formación y la explicitación de la elección de una concepción sí generarán una tendencia a la unificación de los criterios en la identificación del derecho. De esta forma, si un juez no puede encontrar mejores argumentos para sostener una posición, no resulta implausible pensar que adoptará la concepción dominante, que a su vez estará siempre sujeta a cuestionamiento. En esta medida, una mayor y mejor motivación contribuirán sin duda, a mejorar la imagen del poder judicial y a preservar la igualdad en la identificación del derecho.

Que los jueces deban recibir formación en las diversas teorías y puedan posicionarse con mejor criterio no supone exigir que los jueces deban convertirse en expertos, además de en las diversas

teorías, en cuestiones metateóricas que les permitan seleccionar una de las teorías⁴⁰. Lo que aquí se defiende es en cambio que se incremente su formación en este ámbito, lo que conducirá sin lugar a dudas a una mejor situación que la existente. Aunque es indudable que muchos jueces tienen cierta formación en teoría del derecho, porque han estudiado por su cuenta, o porque se han formado con posterioridad, creo que el impacto de la oposición en su formación no tiene comparación con esas otras posibilidades de formarse en teoría del derecho. Además, estas otras vías de formación son en todo caso contingentes, por lo que no pueden garantizar por sí solas que los jueces tendrán la formación adecuada.

Frente a lo defendido en el texto, es posible la siguiente crítica: diga lo que diga el legislador sobre cómo deben formarse los jueces, lo que dice el legislador es relevante de acuerdo a lo que sostienen algunas teorías, pero no a otras. Y ello es especialmente importante en caso del realismo dado que podría afirmarse que, conforme a lo que sostienen los realistas, la formación de los jueces es irrelevante puesto que actuarán con base en consideraciones que estimen convenientes. En este sentido lo que sostengo estaría presuponiendo

⁴⁰ Esto plantea una cuestión fundamental, que dejaré de lado en este trabajo introductorio: ¿con base en qué consideraciones deben los jueces posicionarse a favor de una de las teorías?

(como asunción preteórica) que el realismo es falso. A esto podría responderse que, dado el contexto de incertidumbre acerca de la verdad o falsedad del realismo, sigue teniendo sentido que formemos a los jueces. El realista podría insistir en su crítica agudizando el planteamiento en la forma del siguiente dilema: si el realismo es verdadero, no tiene sentido enseñar las teorías del derecho y, si es falso, carece de sentido incluir al realismo entre las teorías que se enseñan. Por lo tanto, la tesis de que debe formarse a los jueces en las diversas teorías del derecho no se sostiene, puesto que una de las teorías más influyentes (el realismo) debería quedar excluida. Creo, no obstante, que se trata de una falsa disyuntiva porque el primer cuerno del dilema sería solo aceptado por realistas muy extremos. En este sentido, los realistas con un cierto refinamiento reconocen la incidencia de los conocimientos del juez a efectos de tomar decisiones.

En cualquier caso, esta es solo una primera aproximación al tema, por lo que queda pendiente afinar muchos de los argumentos esgrimidos. Entre ellos, habría que precisar qué tipo de formación —con qué grado de profundidad— deberían recibir los jueces⁴¹. Por otro lado,

⁴¹ En este sentido, resta analizar numerosos problemas. Me referiré brevemente a dos de ellos. Por un lado, podría cuestionarse si sería conveniente enseñar a los jueces las concepciones más extremas, incluido el formalismo. Ello en la medida en que les podría ayudar a comprender mejor los problemas de las diversas posiciones, y dado que podría entenderse que el formalismo puede erigirse en una suerte de ideal regulativo, que salvaguarda valores que son relevantes, como la división de poderes. La problemática, no

convendría precisar si deben existir diferencias en la formación de los jueces dependiendo de tipo de tribunal de que se trate, por el ámbito en el que nos hallemos y también por su jerarquía. Además, como ya he señalado, habría que considerar también el resto de funciones de los jueces a efectos de elaborar una teoría acabada acerca de su formación. Pese a todo, el nuevo panorama es ya mucho más prometedor que el actual.

obstante, dista de ser sencilla. Por otro lado, y aunque no me he referido aquí a todas las cuestiones relativas a la aplicación del derecho, sino básicamente a su identificación, convendría reflexionar acerca del papel de la filosofía moral y política en la formación de los jueces si se asume que ésta es relevante para las diversas teorías en sus afirmaciones sobre la aplicación del derecho por parte de los jueces.

Bibliografía

- BIX, B.; “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, en *Teoría del derecho ambiciones y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 167-191.
- CABANCHIK, S. M.; “La cuestión del método en filosofía”, en Ó. Nudler (ed.), *Filosofía del filosofía*, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2010, pp. 255-281.
- CHABOTT, C.; “Schooling the Supreme Court”, *Denver University Law Review*, 2014. Pendiente de publicación.
- DWORKIN, R.; *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986.
- FERRER BELTRÁN, J.; *La valoración racional de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- FULLER, L.; *El caso de los exploradores de cavernas*. Traducción de G. Carrió, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- GLUCK, A.; “The Federal Common Law of Statutory Interpretation: *Erie* for the age of Statutes”, *William & Mary Law Review*, 54, 2013, pp. 753-811.
- GUARNIERI, C.; “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”, en R. Jiménez Asensio, (coord.), *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, Madrid, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, 13, 2001.
- GUASTINI, R.; “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, XI, 2012, pp. 27-57.
- HART, H.; *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. - SÁIZ ARNAIZ, A.; “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, año XIII, n 568, 2003.
- JARIA I MANZANO, J.; “Selección, perfil profesional y formación inicial de los jueces en España”, *Revista de educación y derecho*, núm. 3, 2010
- <http://www.raco.cat/index.php/RED/article/viewFile/255056/342039>
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.; “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”, en R. Jiménez Asensio, (coord.), *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, Madrid, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, 13, 2001.
- LEITER, B.; “Explaining Theoretical Disagreements”, *The Chicago Law School Review*, 76, nº3, 2007, pp. 1215-1250.
- MALEM, J.; *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- MALEM, J. - Seleme, H.; “Patologías de la división de poderes”, *Doxa*, 2013, pp. 275-295.
- MARSHALL, G.; *Teoría constitucional*, traducción de: R. García Cotarelo, Madrid, Espasa-Calpe, 1982.
- MARTÍ, J.L.; “El realismo jurídico: una amenaza para el liberalismo y la democracia”, *Isonomía*, 2002, pp. 259-282.
- NINO, S.; *Introducción al análisis del derecho*, 8ª ed., Barcelona, Ariel derecho, 1997.
- ORTIZ DE URBINA, I.; *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, Tesis doctoral inédita, 2003.
- REDONDO, C.; “Sulla giustificazione della sentenza giudiziale”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIX, 1, 2009, pp. 3-19.
- SCHAUER, F.; “Formalism”, *The Yale Law Journal*, 97, 4, 1988, pp. 509-548.
- TARUFFO, M.; *La prueba de los hechos*, traducción de J. Ferrer Beltrán, Barcelona, Trotta, 1992.
- STRAWSON, P.; *Analysis and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- VILAJOSANA, JM.; “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, *Isonomía*, 36, 2012, pp. 89-116.
- VON WRIGHT, G. H.; *Sobre la libertad humana*, Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós - I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1985.
- WALDRON, J.; *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.