

D. JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA
Magistrado y Presidente de la Audiencia Provincial de Tarragona

Nota sobre la 2ª Sesión. El nombramiento de altos cargos judiciales

Frente al sistema federal norteamericano de nominación y confirmación de jueces que ocupa el epicentro de la vida política, institucional y académica del país, donde se activan todos los pesos y contrapesos que caracterizan al sistema constitucional, favoreciendo su adecuado funcionamiento en términos teleológicos y pragmáticos, nuestro modelo sigue caracterizándose por su oscuridad, su insuficiencia regulativa y su intrínseca disfuncionalidad acompañado, además, por la ausencia de todo debate, en términos intelectualmente rigurosos, en el auditorio jurídico, corporativo, político y social en torno a la necesidad de su profunda reforma.

Cabría objetar a lo anterior que situar el modelo norteamericano como contrapunto del nuestro no resulta metodológicamente aceptable pues las diferencias estructurales entre los sistemas constitucionales hacen del primero un modelo inexportable a nuestra realidad institucional e inasumible en términos funcionales.

Si bien la objeción no es desdeñable, tampoco es convincente. Una cosa son las siempre difíciles condiciones de exportación e implementación de modelos institucionales que responden a las exigencias propias de la sociedad y del sistema político donde operan y otra muy diferente es que no puedan servir como elementos de reflexión y de evaluación de otro modelo a partir de la identificación de las razones fuertes que los inspiran. Aunque sea por elementales razones de pragmatismo de manera alguna propugno la *norteamericanización* de nuestro sistema de nombramiento de altos magistrados pero lo que tampoco me parece aceptable es que bajo el manido, y cada día más debilitado, argumento de la singularidad de los sistemas continentales *versus* el sistema anglosajón pueda seguir sustrayéndose del debate político y social las perentorias necesidades de modificación.

No creo equivocarme al afirmar que en nuestro sistema constitucional la cuestión sobre *qué juez queremos para decidir qué derecho y cuál derecho* -tal como lo formuló Marshall hace ya más de doscientos años- es tan importante como en el sistema constitucional norteamericano y que, por tanto, las condiciones de designación deben responder, también, a estándares de excelencia, capacidad, legitimidad democrática, publicidad y control.

Es obvio que los caminos pueden, y de forma inevitable, deben ser diferentes pero los objetivos han de ser los mismos. Me resulta difícil explicar por qué podemos conocer, mediante una simple consulta en *INTERNET*, el itinerario curricular del Juez ROBERTS y desconozcamos absolutamente el del último magistrado nombrado para el Tribunal Supremo de nuestro País o el del presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Nuestro anónimo, burocratizado, oscuro y pequeño modelo de designación de los altos cargos judiciales ha trascendido hasta ahora, casi, en un territorio de sombra, guarnecido de toda crítica social, solo alterada por la reforma operada por la L.O 2/2004, cuya racionalidad teleológica se fundó en la necesidad de una respuesta funcional ante la

arrogante y antideliberativa política decisional en materia de nombramientos de un Consejo políticamente hostil y activista, basada exclusivamente en la lógica de la mayoría política reflejo del Parlamento nacido de las elecciones de 2000. Reforma que, a salvo cuestiones estrictamente procedimentales relativas al régimen de las mayorías decisionales necesarias, no abordó los graves problemas estructurales que acechan al modelo. Déficit que, seis años después, no han logrado superarse con el Reglamento del CGPJ 1/2010 sobre nombramientos de cargos discrecionales.

Creo fácil convenir que la cuestión del nombramiento de los altos magistrados atañe a una de los *núcleos duros* del *Gobierno de los Jueces* y que, por tanto, de la calidad del modelo pende, en buena medida, la propia calidad del sistema de autogobierno que la Constitución, aun de forma *fuzzy*, diseña.

No es exagerado afirmar que una las causas más importantes de la grave crisis del modelo de autogobierno judicial reside, precisamente, en el *inasumible* estado de cosas que afecta al sistema de nombramientos.

No solo es una cuestión que atañe al entramado normativo-institucional. El problema ya ha traspasado los umbrales de lo constitucionalmente permisible, afectando a la regla material de distribución del poder que se decanta de la propia Norma Suprema y que de forma muy tímida, pero suficientemente sugerente, ha puesto de relieve la STS, Sala 3ª, de 29 de mayo de 2006, en el *caso Gómez Bermúdez* que sirve de pistoletazo a un profundo cambio de estándares sobre el nivel de control de jurisdiccional de los actos del CGPJ. Y que ha progresado hasta la reciente sentencia de la Sala Tercera, Caso Gimeno-Bayón, de 12 de abril de 2011, en el que se declara nulo el nombramiento no solo por defectos procedimentales sino por no reunir el candidato escogido las precondiciones regladas que le permitían acceder al concurso para el cargo jurisdiccional.

Insisto, el problema no radica sólo en el uso arbitrario de las facultades de designación sino también, en un grado muy destacado, en la insuficiencia y debilidad del entramado normativo que regula el proceso.

Al margen del marco constitucional que envuelve, por la vía del artículo 23.2 CE y su invocación a los principios de mérito y capacidad, todo proceso de designación de cargos en la Administración Pública, la Ley Orgánica del Poder Judicial limita sus previsiones a:

- la atribución expresa de la designación al Pleno del Consejo General del Poder Judicial (artículo 107)
- la necesidad de una previa calificación y confección de un listado de los candidatos por una comisión *ad hoc* conformada exclusivamente por vocales del Consejo.
- la posibilidad de que para conformar criterios de calificación, la comisión recabe informes de los distintos órganos del Poder Judicial amén de un informe anual de las respectivas Salas de Gobierno de los diferentes órganos jurisdiccionales de los respectivos territorios que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados (artículo 136 LOPJ)
- la posibilidad de recabar informes de la Inspección, en los términos contenidos en una disposición reglamentaria (artículo 73 del Rgto. de Funcionamiento del CGPJ)
- la necesidad de motivación de los acuerdos (artículo 137 LOPJ)

- la previsión de que el ascenso y promoción profesional de los jueces y magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos.
- la previsión de un doble régimen de progresión. El primero, por estricto concurso en el que resulta determinante la antigüedad en el Cuerpo con la eventual influencia de factores reglados de méritos lingüísticos, de especialidad jurisdiccional, conocimiento del derecho propio y años de servicio en un determinado orden jurisdiccional. El segundo, por concurso bajo criterios de discrecionalidad – a salvo previsiones regladas de determinada antigüedad -, que afecta, precisamente, a los altos cargos (Tribunal Supremo, Presidente del Tribunal Superior de Justicia, presidentes de Salas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia, y presidentes de Audiencias Provinciales).

Previsiones que se han visto complementadas por el Reglamento 1/2010, poniendo el acento en algunas exigencias de tipo procedimental que, en esencia, son las siguientes:

- La obligación de presentar un curriculum de méritos.
- La elaboración de una memoria expositiva de proyectos cuando se aspire a cargos gubernativos.
- La aportación de un número significativo de resoluciones de especial trascendencia o interés jurídico.
- La entrevista del candidato por los vocales en audiencia pública.
- La identificación de méritos o condiciones que podrán tomarse en cuenta.
- La necesidad de motivar la decisión designación, pudiendo hacerse por remisión al contenido del acuerdo de la comisión de calificación

Ni más ni menos. Ni la Ley ni los reglamentos internos de desarrollo previenen ninguna calificación funcional de los altos cargos; no se diseñan progresiones de grado jurisdiccional; no se contiene ningún criterio de mérito específico; no se precisan estándares de valoración operativos, ni graduación de méritos alegables; no se predeterminan perfiles; no existe ningún registro curricular ni curricula uniformados u homologados; la votación del Pleno es secreta y los debates previos solo se recogen en acta sucinta; no se previene ningún mecanismo de publicidad de los méritos alegados por los candidatos a salvo la que pueda derivarse de la entrevista pública con los vocales; no se establecen mecanismos de información pública de las trayectorias profesionales; no existe ningún mecanismo de externalización, aun parcial, en los procesos de valoración; no se contemplan posibilidades de programar pruebas específicas de idoneidad; no se determinan cargas de previa actualización profesional mediante la obligación de asistencia a cursos de formación de los candidatos; no se previenen reglas de comportamiento ético-electoral de los vocales en cuanto a la imposibilidad de entrevistas o encuentros privados y selectivos con los candidatos; no existen predeterminaciones de ítems evaluables en relación a cada puesto ofertado; no se preceptúa la obligación de atender a datos de laboriosidad comparativa tanto respecto al órgano, al territorio concreto o al resto del Estado.

Resulta evidente, por tanto, que el procedimiento no solo no garantiza de forma alguna que los principios de mérito y capacidad determinen la decisión sino que tan siquiera permite que los méritos y las cualificaciones capacitantes de los candidatos puedan ser, en condiciones de transparencia, igualdad y predeterminación, alegados por aquéllos y recibidos por el cuerpo electoral, como fundamentos de la decisión.

Las deficiencias del modelo y las desviadas prácticas decisionales conforman un *pack* de factores que, en términos médicos, podríamos denominar como un verdadero *síndrome de arbitrariedad* que, por un lado, impide reconocer en términos materiales un modelo de progresión basado en valores constitucionales y, por otro, compromete hasta los arrabales de la inconstitucionalidad el propio funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) como órgano de Gobierno de los jueces.

La arbitrariedad y las casi insalvables dificultades de control comportan costes altísimos.

No necesariamente por orden de importancia, el primero, es que el modelo no permite asegurar que el candidato designado sea el que disponga de la mayor cualificación y competencia para la función que se le asigna. En íntima correspondencia, se genera un difuso, pero real, efecto desaliento entre los miembros de la corporación algunos de los cuales deciden no postularse a determinados puestos, aun disponiendo de la capacidad necesaria para evitar someterse a un proceso de selección que presumen arbitrario. Se desnaturaliza la idea de progresión en la carrera, situando en el rincón de los trastos inútiles los valores de excelencia y los esfuerzos formativos de los jueces.

Pero no solo genera efectos perversos intracorporativos. La inadecuación del modelo de designación comporta también altos, e inasumibles, costes en términos constitucionales. La frecuente arbitrariedad decisional del Órgano de Gobierno le separa frontalmente de la función primaria que la Constitución le asigna como garante de la independencia de los jueces, tanto en su dimensión externa como interna.

La arbitrariedad genera una evidente, por empíricamente constatable, percepción de que los procesos decisionales de designación responden a criterios de oportunidad partidista y que los miembros del Gobierno de los Jueces actúan bajo una suerte de cláusula de *fiducia cum amico*, como instrumentos de los partidos que promovieron su nombramiento. Lo que compromete de forma grave la razón de ser constitucional del Consejo que no es otra que la de preservar la función judicial de la influencia del juego político parlamentario, como garantía para promover y estimular la confianza de los ciudadanos en la independencia externa de sus jueces.

Pero a mi parecer, como apuntaba, las deficiencias del modelo también comportan un alto coste en términos de independencia interna. Las escasas garantías de que el sistema de progresión dependa del mérito y de la capacidad de los candidatos desalientan actitudes corporativas y jurisdiccionalmente críticas que puedan friccionar con los planteamientos ideológicos, asociativos o con los intereses del grupo que conforma la mayoría del CGPJ del que en última instancia depende la decisión. El amplio espacio para el uso inmotivado de las facultades de arbitrio que genera el modelo puede ser percibido por los miembros de la carrera judicial como un mensaje o llamada a la sumisión interna que traducido en términos expresivos equivale a *quien se mueve no sale en la foto*.

¿Qué razones pueden explicar tan manifiesta inadecuación tecnológica del modelo regulativo de los procesos de designación con los fines que la Constitución implícita y explícitamente atribuye al CGPJ como gestor del buen Gobierno judicial y, *per relationem*, del derecho de los ciudadanos a que sus jueces respondan a los exigentes estándares de competencia y calidad que se decantan, también, de la Constitución?

Sin duda, la primera, es de orden histórico-ideológico. Sin perjuicio de las intensas transformaciones que sobre el papel y las funciones del juez supone el sistema de constitucionalismo fuerte que irrumpe con la Constitución de 1978, lo cierto es que el legislador de 1985, parece todavía anclado en la tradición política legicentrista heredada de la Revolución Francesa por la que sigue presumiéndose que el juez ejerce un poder nulo. En dicho imaginario político los jueces se mantenían reclusos en una *reserva* o territorio secundario, apendicular del poder ejecutivo, de mera ejecución, de neutralidad ideológica severamente vigilada.

En el momento legislativo en el que se abordaron todas las cuestiones relativas al estatuto judicial cabía presumir que todavía no se había aprehendido el rol protagónico del juez como, al menos, co-creador del sistema normativo y como agente activo de las políticas constitucionales, lo que explica la indeferencia sobre el modo en que debían ser seleccionados los jueces llamados a ocupar los puestos vértices de la carrera.

Desinterés legislativo que también vino favorecido por una cultura comparada en la que la cuestión tampoco ocupaba la centralidad que ya se merecía (en particular, el modelo horizontal italiano, marcado por un sistema de progresión casi exclusivamente basado en la *anzianità* y el modelo francés que, fiel a su origen, transfería al poder legislativo en condiciones cuasi incontrolables las decisiones de progresión en carrera).

Pero si la razón histórica sirve para explicar los orígenes del modelo de designación, sin embargo resulta del todo inútil para explicar su mantenimiento.

Es evidente que en estos 25 años de desarrollo del sistema constitucional se ha constato con toda claridad el importante y transformador papel asignado a los jueces. Éstos se han convertido en agentes activos del poder constitucional, asumiendo funciones de configuración política del ordenamiento jurídico, con inevitables consecuencias que se proyectan más allá de los conflictos intersubjetivos llamados a resolver. Los jueces, en afortunada expresión de TARELLO, han pasado de una formal y acrítica lealtad al legislador real a una lealtad hacia un legislador potencial o ideal, que se identifica con el sistema de valores constitucionales. La aplicación de la norma ya no consiste en un mero ejercicio de subsunción lógica, previa la determinación del hecho singularizador. El juez, antes, ha de validar la norma, el acto legislativo, mediante la utilización de estándares de adecuación constitucional. Además, las tendencias de reforma apuntan hacia un mayor protagonismo de la jurisprudencia de los órganos superiores introduciendo el precedente como instrumento de uniformización con una alta carga vinculatoria vertical.

Es evidente, por tanto, que en el nuevo paradigma la pregunta *de qué juez necesitamos para decidir qué derecho y cuál derecho* adquiere una renovada importancia. Lo que en lógica correspondencia debería proyectarse en la mejora de los procesos de designación de los jueces llamados a liderar la actividad jurisdiccional.

El cuasi silencio legislativo sobre la cuestión, el contumaz mantenimiento de un modelo tan deficitario como el vigente debe responder a otras razones. No puede presumirse que los agentes políticos y sociales no sean conscientes del problema lo que obliga a considerar que la contumacia reformadora tiene un origen consciente y voluntario. No puede ocultarse que los déficit del sistema favorecen la influencia directa de la política partidista en la configuración del sistema judicial. La ausencia de controles internos y externos del proceso de designación de los altos magistrados permite el juego de intereses

de grupo y el *reparto en cuotas*, para lo cual las asociaciones mayoritarias están desempeñando un papel que al tiempo de esencial resulta sonrojante. Muy pocas voces, y menos documentos rigurosos, han surgido del seno de las propias asociaciones judiciales reclamando la profunda reforma del sistema de nombramientos, lo que patentiza una renuncia explícita a su papel fundamental no solo como representantes de intereses corporativos sino también como instrumentos de defensa del modelo de Poder Judicial reclamado por la Constitución.

Notas a la 3ª Sesión: la competencia del CGPJ en materia de selección y formación de jueces

En pocos escenarios, como el del proceso selectivo de los llamados a ejercer el poder judicial, se aprecia con tanta claridad la ausencia de transición de modelos o, al menos, la dimensión transformadora que supone la irrupción y consolidación de un régimen constitucional.

Con ello no quiero afirmar, ni mucho menos, que en su conjunto los jueces y juezas que conforman el Poder Judicial no hayan ofrecido *rendimientos constitucionales* estimables y que quepa trazar una aceptable línea de correspondencia entre lo que se ofrece y lo que la Constitución exige pero ello no implica, de contrario, que dicha *tasa de correspondencia* sea la óptima y, desde luego, que sea la consecuencia de un modelo normativo institucional de reclutamiento que la favorezca.

Nuestro sistema de selección responde, en esencia, a una suerte de *continuum* ideológico que arrastra de forma inevitable graves disfunciones que repercuten de forma estimable en el modo de ejercicio del poder y, sobre todo, en el grado de satisfacción que nuestros conciudadanos muestran del servicio público de la justicia.

A mi parecer, debe ser el Parlamento y las fuerzas políticas representativas los que *hagan, de una vez por todas, acto de presencia en este escenario* de alta política constitucional como lo es, sin duda, el del modelo de selección de los jueces.

La reforma de la LOPJ de 1994 supuso un buen ejemplo de que el modelo no es una pirámide inamovible ni un espacio inmune a todo proceso de mejora y de plasmación de valores constitucionales. La política de selección de jueces es tan relevante como cualquier otra política pública que afecta al grado de desarrollo, efectividad y calidad de los derechos y libertades y no puede quedar aislada del debate parlamentario. Con esto no quiero afirmar, tampoco, la irrelevancia del Poder Judicial, como agente de la política de selección ni la relación que puede trazarse entre el desarrollo del modelo y el nivel deseable de autogobierno. Lo que pretendo resaltar es que el llamado autogobierno judicial no puede concebirse como una barrera al desarrollo de políticas constitucionales para cuyo impulso y plasmación efectivas el Parlamento adquiere un papel protagónico.

Es la ley la que debe definir los instrumentos selectivos y es esa ley la que debe plasmar, también, una determinada filosofía constitucional. Si no se entiende así, si se considera que la intervención del Parlamento debe limitarse a una mera descripción organicista del cómo, cediendo al Gobierno Judicial la filosofía de su ejecución se está, simplemente, trastocando los papeles constitucionales y, en buena medida, reduciendo la idea del pluralismo y de la representatividad política *al rincón de los trastos inútiles*.

El Gobierno Judicial no puede, en términos constitucionales, monopolizar ni los cómo ni sobre todo los porqués de los instrumentos que compongan el proceso de selección.

En nuestro entorno político más próximo, con el que también compartimos el origen burocrático de la magistratura, encontramos buenos y valiosos ejemplos de implicación del Parlamento en la necesidad de diseñar modelos de selección judicial que respondan a una filosofía teleológicamente compatible con las necesidades funcionales que se decantan de la Constitución.

La Ley Italiana de 7 de julio de 2005, *sobre reforma del ordenamiento judicial*, o la Ley francesa de cinco de marzo de 2007, *relativa al reclutamiento, formación y responsabilidad de los magistrados* o la Ley belga *de organización del Poder Judicial de 2003*, son buenos ejemplos de lo antedicho.

Merece la pena echar una ojeada al *proceso legislativo francés de acompañamiento* de la reforma y, en particular, a los numerosos trabajos que se produjeron en el seno de las cámaras en los que se identifican las razones de la reforma, los objetivos y el porqué de los medios escogidos. No son preámbulos normativos ni tan siquiera cabe identificarlos en sentido estricto como discusiones parlamentarias. Son reflexiones que propician el debate parlamentario y que sirven para, precisamente, identificar el grado de compromiso ideológico. Los informes de los senadores HUOILLON y HYEST son interesantísimos ejemplos de lo que supone la toma de conciencia de la necesidad de la intervención legislativa en una materia tan sensible como la que nos ocupa. Especialmente recomendable resulta el informe elaborado en el seno de la *Comisión de Leyes* del Senado francés por los senadores, Sres. FAUCHON y GUATIER, al hilo de la aprobación de la Ley Orgánica de cinco de marzo de 2007 antes mencionada. Reflexiones que constituyen la plasmación de un compromiso político en la mejora del sistema, cuyas fallas y debilidades se habían puesto de relieve de forma abrupta y dramática, convulsionando a la sociedad francesa, a raíz del caso sobre pedofilia conocido como *affaire Outreau*.

Creo necesario poner de relieve la necesidad imperiosa de romper de forma discursiva y argumentativamente rigurosa el *marco conceptual* que hasta ahora rodea toda la discusión abierta sobre cómo y con qué instrumentos deben seleccionarse a los jueces en nuestro País.

Marco conceptual que, de alguna manera u otra, nos ha *encerrado* en su sólido perímetro a todos los que o desde dentro de la corporación judicial, de forma principal, o desde fuera se han acercado al problema.

Los *marcos conceptuales* funcionan como mecanismos mentales de atribución de *significados* que se nutren de preconcepciones ideológicas que por diferentes razones, muchas de ellas vinculadas a estrategias programáticas de actuación política, quedan al margen del análisis de los hechos o de la realidad en la que operan los concretos *significantes*.

La cuestión resulta esencial. La psicología cognitiva ha demostrado cómo los marcos conceptuales actúan como filtros de atribución de sentido y de valoración de la realidad y cómo fuera de ellos los diferentes *significantes* carecen de fuerza descriptiva o dialógica.

George LAKOFF, en un interesante trabajo, demuestra de forma muy convincente cómo la derecha republicana norteamericana ha invertido millones de dólares mediante think-tank, o grupos de reflexión, para generar *marcos conceptuales* que actúan como catalizadores para la atribución de significados a actuaciones políticas de enorme relevancia -la guerra de Irak, la gestión de los impuestos y sus repercusiones en los planes de actuación de corte social o asistencial, o de desprotección a minorías-. Expresiones recurrentes como *guerra contra el terror, naciones amigas, eje del mal, alivio fiscal, matrimonio gay...* han comportado una mayoritaria atribución de valor en función de los marcos conceptuales previamente generados e instalados en las llamadas *sinesias* cerebrales de los ciudadanos norteamericanos reduciendo, por un lado, la capacidad crítica contra las políticas seguidas y obteniendo, por otro, niveles muy satisfactorios de legitimación social y, sobre todo, de ocultación de la pavorosa realidad que supone, por ejemplo, entablar una guerra.

Las decenas de miles de víctimas del conflicto no se han visualizado. La *guerra vinculada al terror, con toda su carga de significado*, ha provocado innumerables efectos como los de legitimar la agresión o de forma más evidente fortalecer la figura del presidente como *jefe de la guerra justa*. La *militarización* de la política presidencial ha sido, en cierto modo, asumida por un sensible porcentaje de la población gracias a los complejos mecanismos de atribución de significado al lenguaje utilizado que suministraban los *marcos conceptuales*. Como afirma LAKOFF de forma muy sugerente, *cuando los hechos no encajan en los marcos, los marcos se mantienen y los hechos se ignoran*.

Si analizáramos desde la teoría cognitiva el estado de la cuestión que nos atañe creo que llegaríamos a diagnósticos de similar alcance.

La derecha, sobre todo, la judicial, ha mantenido un discurso recurrente, cerrado, estático, ortodoxo, tal vez con pequeñas desviaciones muy vinculadas con la inexorable realidad *corpórea* de la Escuela Judicial, sobre el modelo de selección de los jueces que responde de forma muy fiel a un *marco conceptual*, cuyo éxito, insisto, ha desbordado el contexto ideológico de producción. Todos, en mayor o menor medida, de forma más o menos consciente, lo hemos tomado en cuenta para la atribución de determinados significados o para la acrítica recepción de los que se utilizan para justificar el estado actual de cosas en materia de selección. Marco que se ha mostrado, hasta ahora, inmune a los *hechos*, lo que le ha dotado de una singular fortaleza que considero prioritario debilitar argumentalmente.

Dicho marco ha girado sobre una regla esencial de correspondencia entre significantes y significados: *la oposición sólo puede ser como se ha concebido y, en buena medida, se ha desarrollado hasta ahora. No hay modelo alternativo posible. Cualquier modificación supondría una alteración de su específica e intrínseca funcionalidad al servicio de un modelo de selección basado en la objetividad*.

A partir de esta idea fuerte, el marco conceptual ha generado un rico argumentario de significados tanto en clave positiva – valores- como en negativo – los *riesgos del precipicio* que supondría su modificación- pero con un alto grado de complementariedad discursiva.

Intento a continuación, de forma simplemente enunciativa, identificarlos:

- La oposición asegura que el candidato a la función judicial conozca de forma rigurosa y sistemática el ordenamiento jurídico, con un nivel que la Universidad no ofrece.
- La oposición memorística, la declamación acotada en el tiempo de contenidos prefijados en temarios *ad hoc*, garantiza la objetividad del proceso de evaluación, evitando la entrada en juego de factores discrecionales.
- La oposición de corte memorístico asegura la igualdad de oportunidades de los candidatos en liza, tanto en lo que supone de previsión de los contenidos validables como en los mecanismos que deben activarse para validarlos.
- La oposición memorística centralizada neutraliza ventajas que pueda acarrear para determinados candidatos la territorialización del proceso.
- La oposición memorística garantiza la estabilidad y la respuesta técnica de los tribunales de evaluación
- La oposición memorística favorece que el candidato que la supera responda a los valores de independencia, imparcialidad ideológica y social y neutralidad.

Como argumentos negativos de contraposición, el marco conceptual suministra los siguientes:

- Los que pretenden la modificación del sistema de oposición en los términos y con el contenido que actualmente tiene, buscan desprofesionalizar la carrera judicial.
- Las modificaciones solo pretenden reducir la exigencia en el aprendizaje jurídico.
- Se busca instrumentalizar el acceso como un mecanismo de politización y clientelismo que lesiona el valor de la independencia.
- Los “reformistas” descalifican al sistema de preparación de la oposición considerando a los preparadores como *neocons* que inoculan virus neoconservadores a los futuros jueces.
- La entrada en juego, como instrumentos del modelo, de espacios de formación universitarios *ad hoc*, solo responde a una idea final de desmembración de la unidad del Poder Judicial, en atención a los intereses de minorías políticas periféricas, en cuyos territorios de influencia ya controlan el sistema universitario.

III. Las debilidades del marco: las contrarrazones del argumentario.

La lista de argumentario es, obviamente, abierta y, de forma muy probable, incompleta pero creo que sirve de *plataforma de salida* para entablar un diálogo de razones que nos permita, al menos, valorar si el marco conceptual que las sostiene es lo suficientemente sólido cómo para resistir la apertura de un debate social y político de reforma del sistema de selección, en particular, respecto al primero de sus instrumentos, la *oposición*.

Iniciemos el diálogo que, de forma necesaria, debe contener elementos discursivos que le doten de coherencia lo que implica inevitables agrupaciones de razones que responderán de forma conjunta a algunos de los argumentos que se utilizan para la defensa del actual estado de cosas.

¿La oposición memorística garantiza un buen, completo y sistemático aprendizaje del derecho que la Universidad, además, no ofrece?

La respuesta, a mi parecer, está muy vinculada con una previa cuestión de gran alcance y de no menos relevancia ideológica relativa a qué derecho se considera que debe ser aprendido por el candidato o candidata a desempeñar la función judicial. A mi parecer, el *derecho a conocer perfectamente* no puede equivaler al conocimiento irreflexivo, asistemático, fraccionado y superviviente de un corolario interminable de instituciones normativas, acotadas en temarios de baja calidad y de contenido marcadamente funcionalista, como el que en la actualidad se aprende por los candidatos.

Un solo vistazo al temario de oposición -la identificación de las materias, la terminología utilizada, los contenidos de los que se prescinden- sirve para aprehender la gravedad del diagnóstico.

El derecho constituye un sistema complejo de normas, de principios, de valores que interaccionan, además, con múltiples factores metajurídicos y que operan en una realidad pluralista, dinámica, cambiante, donde ya no puede identificarse, como refiere TARUFFO, una suerte de fondo de ideas y de valores comunes a todos los miembros de una sociedad determinada.

El conocimiento amplio y profundo del derecho exigible a un candidato a juez le debe permitir adoptar una visión de la realidad y de los conflictos que la integran y, sobre todo, ofrecer respuestas razonables, razonadas y justas.

El derecho a aprender debe ser aquél que suministre al candidato suficientes instrumentos conceptuales y analíticos para desarrollar las capacidades de razonamiento y que le permitan, además, aprehender la complejidad de la realidad social y de los conflictos donde debe operar.

Como afirmaba en otro lugar, en el modelo vigente de selección, el problema no solo reside en el derecho que se aprende, como módulo de evaluación selectiva sino, también, *en el que no se aprende*, el que queda fuera del perímetro de lo estrictamente funcional para superar la oposición.

Y es, precisamente, ese derecho preterido de los *temarios*, despreciado por la oposición memorística, el que contiene la mayor carga formativa en un sentido amplio para un candidato/a al ejercicio de la función judicial.

El derecho *dúctil*, el derecho de los derechos fundamentales, el derecho de los casos difíciles, el derecho que se argumenta que no se declama, el derecho jurisprudencial, el derecho de las grandes decisiones de los altos tribunales nacionales e internacionales, el derecho de la realidad globalizada, del *mercado común de los derechos y libertades públicas*, al que se refiere Antoine GARAPON, el derecho de los nuevos conflictos, el derecho de *textura abierta*, el derecho que, por encima de la institución codificada, imprime a la decisión razonabilidad, justicia, compromiso, responsabilidad aplicativa para el juez que la adopta.

Pero el problema de la inadecuación, que yo reputo gravísimo, no se limita a la selección del derecho que debe conocerse sino, también, al cómo debe conocerse.

Como apuntaba con anterioridad, los instrumentos compiladores del derecho a conocer, “los temarios” son, en general, textos mediocres, acotados, reductores, simplificadores, en ocasiones equivocados donde se renuncia a toda actualización de contenidos que no venga dada por la inexorable entrada en vigor de una reforma legislativa.

Temarios cuya selección se realiza en condiciones poco claras, en comisiones *poco oxigenadas* a otros agentes cualificados del mundo del derecho, y donde intervienen, en ocasiones, personas con fuertes intereses para que aquéllos respondan a una determinada ordenación inclusiva que coincida con textos editados que se utilizarán, a buen seguro, por un número considerable de opositores.

No importa, por tanto, lo que se sepa de las materias que se contemplan en el programa como objeto de estudio y de validación sino que lo que se sepa pueda exponerse en el tiempo acotado de quince minutos mediante *declamaciones* medidas y generalmente precipitadas para intentar optimizar el espacio temporal concedido.

No es infrecuente que lo que deba saberse de determinadas materias en el tiempo limitado que se concede para la *declamación* no pueda ir más allá de la mera y desnuda enunciación textual de la norma, como acontece en diferentes temas de la parte especial de derecho penal o en algunos de derecho procesal.

Una expresión, una reflexión complementaria, una simple invocación de la doctrina constitucional al hilo de la materia puede impedir el éxito del candidato al superar las posibilidades temporales de exposición.

No creo, por tanto, que el *marco conceptual* que sostiene el valor de la oposición memorística como instrumento de conocimiento del sistema jurídico pueda resistir un debate público de razones rigurosas.

Los temas seleccionados, la forma de aprenderlos, al igual que los temas excluidos y la falta de conocimiento de los mismos que la oposición, de forma paradójica, asegura sin duda alguna, nada tienen que ver con el derecho que el juez, que el mejor juez, debe conocer para desempeñar la función que la Constitución le exige.

El problema, por tanto, no reside en lo que la Universidad no enseña, que es también mucho, sino en lo que la oposición, tal como está hoy concebida, tampoco es capaz de *enseñar*. Es más en lo que se empeña de forma decidida en que no se aprenda.

Preguntémonos el porqué. Ello nos sitúa en el epicentro de otro de los núcleos duros del argumentario antirreformista: *¿la oposición memorística garantiza de la mejor, o de la única, forma posible, de la forma menos mala, precisa la APM en su último número de su órgano de reflexión, la objetividad del proceso de evaluación?*

Nos enfrentamos a un sofisma que debe analizarse con extremada prudencia para no caer en otro de signo contrario. Es cierto que la declamación acotada en el tiempo, de contenidos prefijados - y si son textos legales, mejor- simplifica el proceso de calificación. Si un candidato declama de forma completa, en el tiempo establecido, los artículos que tipifican los delitos contra la Comunidad Internacional y es ese, y no otro, el contenido evaluable es evidente que su calificación positiva resultará más sencilla que si el tribunal

calificador se enfrenta al trance de calificar a otro candidato que en su exposición declamada olvidó el parágrafo 8° del artículo 607 bis CP.

Pero este proceso de calificación, me pregunto, qué tiene que ver con el valor objetividad y, sobre todo, con la dimensión constitucional del mismo que se consagra en el artículo 103 CE, obviamente vinculante a los tribunales calificadores de la oposición, aunque a muchos les parezca, al menos, pintoresco.

Creo que aquí radica la clave del *sofisma antirreformista*.

La *objetividad* que se proclama como excelencia justificativa del actual estado de cosas, al que le presta decidida cobertura el marco conceptual, esconde una estrategia mucho más sofisticada.

La invocación que se hace a la *objetividad* lo que pretende es seguir legitimando un modelo de simplificación del proceso selectivo con evidentes réditos ideológicos para el sector que lo arguye.

Seleccionar a un candidato por la capacidad de declamación sincronizada de textos jurídicos pobres o simples enunciados normativos no es más objetivo que evaluar la capacidad argumentativa del candidato ante un problema complejo de interrelación normativa o de anomia o contradicción legal. Es, simplemente, más sencillo, a salvo que la *objetividad* la reduzcamos a algo que nada tiene que ver con su dimensión constitucional, a un simple instrumento neutralizador de procesos calificadorios discrecionales.

La valoración del trabajo del opositor, bajo un aparente *manto de protección* que impide la entrada en juego de cualquier elemento discrecional no es una garantía de objetividad, es *otra cosa* y responde a fines muy diferentes de los que deben inspirar un proceso de calificación de un candidato/a que aspira a formar parte del Poder Judicial de un Estado Constitucional.

Cuando un tribunal destinatario de la exposición se le priva de todo instrumento para solicitar del candidato explicaciones complementarias o para, simplemente, constatar si la enumeración rítmica de conceptos y definiciones normativas han sido adecuadamente entendidas o si posee habilidades relacionales de las cuestiones que permitan identificar un conocimiento sistemático del ordenamiento no se está garantizando un *proceso de selección objetivo*. La objetividad, como canon de evaluación, no se agota en sí misma sino que está al servicio de los valores constitucionales de mérito y capacidad que sí deben configurar el modelo.

El tribunal debe ser objetivo en su decisión validadora: *que la persona que se presenta como candidato ha acreditado un conocimiento profundo, inteligente, dialógico, argumentativo, responsable del derecho, en toda su complejidad*. Y esa condición de objetividad, como valor constitucional, se alcanza si la decisión puede presentarse, como precisa IGARTUA, como razonable y razonada y, en esa medida, también, controlable.

Qué tiene que ver el *valor objetividad* con decisiones como las que todos los días se adoptan en el seno de los tribunales de calificación sin atisbo alguno de motivación y, por tanto, sin posibilidad material de control o revisión. Marcadas, además, muchas de ellas, por una suerte de *regla de distribución de recursos escasos* que hace que en un

determinado día y en función de la *ratio* de aptos no pueda aprobarse a un candidato que ha declamado, al menos, con igual corrección que los concursantes precedentes.

Es evidente que una transformación del contenido del *derecho que debe aprenderse* - que prime las necesidades de argumentación, comprensión, análisis e identificación de problemas jurídicos complejos- hace más difícil su evaluación y es cierto, también, que introduce de forma inevitable elementos discrecionales en el proceso decisional. Pero llama mucho la atención que en una corporación como la judicial en la que sus miembros deben adoptar decisiones siempre en condiciones de contraposición de intereses y de argumentos, que *metabolizan* la discrecionalidad como la manifestación más genuina del poder que se les concede puedan mostrarse tan refractarios cuando de lo que se trata es de aplicar la misma técnica al proceso de selección de sus futuros colegas.

Discrecionalidad, en un Estado Constitucional, nada tiene que ver con arbitrariedad y ello, entre otras razones, porque la primera es controlable y la segunda, no. Porque la primera necesita *del oxígeno de las razones técnicas* y la segunda, simplemente, las omite o las desprecia.

Si se consideraran de recibo los anteriores argumentos ¿Cómo debería calificarse el actual proceso de evaluación del enorme esfuerzo de los opositores que carecen de todo mecanismo de control de las decisiones excluyentes de los tribunales?

¿Acaso un proceso selectivo riguroso, en el que intervengan cualificados miembros de la corporación judicial y de otras profesiones jurídicas es incapaz ontológicamente, como parece sugerirse por los antirreformistas, de neutralizar los riesgos de arbitrariedad?

¿Tenemos razones para presumir o sospechar que son arbitrarias las cientos de miles de decisiones técnicamente discrecionales que adoptamos los jueces y juezas de este País?

Creo que las anteriores cuestiones se contestan por sí solas.

Pero sigamos con el diálogo de razones.

¿La oposición memorística, tal como está ahora diseñada, garantiza la igualdad de oportunidades de los candidatos?

Estudios recientes y empíricamente solventes dirigidos por profesor Bagüés, demuestran en términos estadísticos la influencia para el éxito o el fracaso en las diferentes oposiciones para altos puestos de la administración (entre ellos, las de jueces) de factores tales como el lugar de residencia del candidato (Madrid), el día de celebración de la prueba (los lunes reducen significativamente las probabilidades de superar la prueba), la fecha de realización con relación al inicio de la pruebas (con porcentajes significativos diferenciadores entre los primeros y los últimos), los apellidos (sobre todo en la carrera diplomática, pero en un porcentaje no irrelevante, también, en la carrera judicial, disminuyendo con la introducción del test), las posposiciones de fecha de examen (con una reducción de la probabilidad de superarlas en un treinta por ciento).

La aparente objetividad del modelo de evaluación, a partir de la estandarización de contenidos evaluables se resquebraja dramáticamente no solo por estos *factores*

distorsionadores ambientales sino también por un no menos grave factor de discriminación interna derivado de la simple extracción de un tema respecto a otro, con diferencias de dificultad insalvables tanto en cuanto al contenido como a las posibilidades expositivas por parte de los aspirantes en liza.

No creo, por tanto, que desde una perspectiva rigurosa y constitucional de análisis pueda seguir manteniéndose de forma acrítica la llamada *objetividad* del sistema de oposición memorística. Los *hechos*, en este supuesto, no pueden ignorarse por mucho que el marco conceptual se esfuerce en hacerlos invisibles.

Pero hay más razones antirreformistas que deben ser contestadas.

¿El sistema de preparación de la oposición y de evaluación de sus resultados responde a estándares de necesaria excelencia?

Desconozco si los *preparadores* constituyen un grupo ideológico compacto y si sus finalidades responden a estrategias de *insaculación de ideas neoconservadoras*, lo que sí afirmo es que el exigente proceso que en la actualidad supera los cuatro años y medio de tiempo de preparación suele desarrollarse en condiciones académicas aislantes e intelectualmente empobrecedoras, bajo la dirección de un profesional cuyo objetivo no es desde luego la formación jurídica en un sentido amplio e integral sino la exclusiva formación *funcional ad concursum*, sin tiempo alguno para el debate o la crítica doctrinal sobre las materias memorizadas.

No cuestiono la capacidad jurídica de los preparadores, lo que pongo de relieve es que su función poco tiene que ver con la formación, si por ella entendemos la asunción discursiva y problematizadora del derecho que debe aprenderse.

En cuanto a los tribunales de calificación o de validación de los contenidos aprendidos y declamados no creo que pueda afirmarse y, sobre todo, sostenerse en datos empíricos que respondan a exigentes condiciones de especialización ni de indiscutido prestigio de los miembros que los conforman. Baste echar una ojeada a los procesos de nombramiento y, en particular, a las decisiones de sustitución de los nominados en primer término para constatar una *huída* de los profesionales más prestigiosos ajenos a la corporación judicial.

No es infrecuente, tampoco, toparse con tribunales constituidos por profesionales provenientes de la Universidad de las más variadas disciplinas jurídicas que poco, o nada, tienen que ver con los propios contenidos que se validan (profesores de derecho romano o canónico) o con otros profesionales del mundo del derecho de los que se desconoce de forma absoluta su *currículum* profesional o los méritos específicos que reúnen para formar parte de un tribunal que tiene encomendada una función tan decisiva.

Otro de los grandes ejes argumentales que sostiene al *movimiento antirreformista* y que adquiere un sustancial contenido ideológico es el relativo a la reiterada, hasta la saciedad, *vinculación del modelo de oposición memorística a la preservación y garantía de la independencia judicial, imparcialidad ideológica y social y neutralidad*.

Reconozco que me cuesta mucho combatir *dicho lugar común* del discurso conservador pero no por falta de razones sino por una suerte de *fenómeno inflacionista*, de

acumulación de razones que me impide presentarlas de forma breve o ajustada al contenido al que debe responder este documento de trabajo.

Creo que nos enfrentamos a un desnudo sofisma pero no por ello carente de proyección y de influencia. Como todo sofisma, la primera cuestión que genera es la relativa a la base factual sobre la que se construye.

¿Dónde puede residir la explicación discursiva de esa afirmación? ¿Cómo pueden vincularse los valores de independencia e imparcialidad a un método memorístico de aprendizaje del derecho de las instituciones codificadas?

Sinceramente, lo desconozco. Me atrevería, incluso, a apuntar que los que lo defienden también lo desconocen a salvo que responda a un imaginario de la función judicial que nada tiene que ver con el contenido de ésta, en los términos reclamados por la Constitución.

Me explico. El aprendizaje memorístico del derecho que se acota en los temarios trasmite de forma transversal, es cierto, una concepción silogística del proceso aplicativo basado en fórmulas de lógica fuerte. El opositor, el candidato, cuando se enfrenta al temario orilla por elementales razones de funcionalidad práctica cualquier perspectiva argumentativa o analítica de lo que aprende. Ni se exige como contenido evaluable ni, por ello, es conveniente.

Es obvio que ello estimula preconcepciones simplificadoras de la aplicación del derecho, con un fuerte contenido desresponsabilizador, pues al candidato se le priva de la *perspectiva del discurso*, de la necesidad de una cultura cada vez más exigente de la justificación que envuelve el [buen] trabajo judicial.

La idea que sugiere el aprendizaje memorístico de un derecho limitado es que los jueces aplican reglas en condiciones de claridad por lo que su función se reduce a la de *identificadores* de premisas que conducen de forma certera a conclusiones tecnificadas lógicas. De ahí, tal vez, la razón por la que se anuda al modelo de oposición memorística no solo la garantía del valor de la *independencia* sino también de los de *imparcialidad ideológica y social y de neutralidad*. El juez, para dicho imaginario, es un simple aplicador de la norma que conoce bien. El proceso aplicativo, por tanto, no debe nutrirse de otras habilidades que las exigibles para los procesos subsuntivos lógico-formales. El juez no puede, porque no tiene por qué, ser sensible ante el conflicto social al que se enfrenta. El juez no debe descender a los componentes emocionales, metajurídicos del caso que debe resolver. No necesita la empatía, la discursividad, las otras formas de lógica débil que concurren en los procesos decisionales. El juez, de nuevo, deber ser *la boca que pronuncia la ley, en condiciones sociales e ideológicas neutras*. La independencia como valor del juez, por tanto, en la lógica del discurso antirreformista, se entiende respecto a sus propios prejuicios, a su visión del mundo, a sus sentimientos: solo la oposición memorística permite *obtener* el Juez independiente, imparcial social e ideológicamente y neutro. *El juez del iluminismo jurídico*, que si bien, como refiere Iacoviello, es un *planeta luminoso sin embargo se encuentra deshabitado*.

Es obvio, a mi parecer, que los que afirman la vinculación entre el actual modelo de oposición y los valores mencionados disponen de pocas posibilidades discursivas para defenderla. La realidad, *los hechos*, de nuevo contradicen el argumento. Ningún juez/a, con

independencia de su sensibilidad ideológica, puede percibir su función en las condiciones de asepsia que se defienden por los antirreformistas.

De contrario, sí considero que el actual modelo debilita la independencia entendida ésta como la capacidad de enfrentarse en términos responsables, discursivos y justificativos a la decisión. Una inadecuada formación jurídica, una reducción del universo del derecho a contenidos formales compromete la dimensión de la independencia como valor *ad extra* y *ad intra*. Convierte al futuro juez desprovisto de instrumentos críticos en más dependiente y, sobre todo, aunque resulte paradójico, le hace más vulnerable. Un candidato a juez que no deba analizar la realidad y la complejidad social donde operará, que no se eduque en los valores de la empatía y la sensibilidad humana es un juez más débil y menos competente.

Lo anterior se conecta con el argumentario en negativo que sustenta la posición antirreformista: *los que pretenden la modificación del modelo buscan la desprofesionalización, la politización, la atecnicidad, un juez agente de oscuros intereses ideológicos.*

No creo que merezca la pena invertir muchos esfuerzos argumentales en rebatir afirmaciones en las que cuesta identificar, más allá de un alto prejuicio visceral y antipluralista, un discurso basado en razones.

Pero sí creo oportuno destacar que lo que nos mueve para pretender la reforma de un modelo de selección insostenible es, precisamente, que responda a exigencias y condiciones que garanticen *en serio* que los que superen las pruebas disponen de la más alta cualificación tanto jurídica como humana para desempeñar la función judicial.

Tal vez solo añadir que nuestro *modelo de profesionalidad* no se agota en el derecho aprendido y en la autosuficiencia, sino en la toma de conciencia de la complejidad creciente de nuestro trabajo, en el necesario y continuo compromiso de mejora, en la identificación de objetivos que van más allá de los estrictamente decisionales, en identificar como prioritario que ninguna decisión es justa sino viene precedida de un proceso justo desarrollado en condiciones deliberativas y comunicativas y, sobre todo, en el trato y en la consideración del ciudadano que acude al tribunal como un igual moral.

IV. Hacia un nuevo modelo de selección: algunas propuestas concretas.

Creo que podemos construir un discurso sólido que debilite el *marco conceptual* que dota de sentido al modelo vigente pero también que justifique la reforma que proponemos, la cual debe plasmarse en objetivos concretos.

Por tanto es necesario, aun de forma enunciativa, apuntar los ejes o las ideas fuertes a las que podría o debería responder. A este respecto, insistiré de forma más puntual en las que atienden a las pruebas que deben constituir el primer eslabón del proceso selectivo, en atención al programa diseñado, sin perjuicio de la necesidad de dotar a todas las que se formulen de la necesaria coherencia sistemática y de principios.

En este punto, comparto las reflexiones de Carlos GÓMEZ sobre la necesidad de que el proceso de selección responda a un alto grado de coherencia entre todos los instrumentos que lo conformen. En efecto, todo modelo complejo o multifásico de acceso al ejercicio de cualquier actividad profesional reclama una distribución coherente de los

pesos selectivos y formativos, de manera tal que los instrumentos previstos para determinar finalmente la idoneidad del aspirante aparezcan ordenados de forma teleológicamente racional.

Ello nos conduce a *tres propuestas eje*:

- I. El modelo debe definir con claridad no solo los instrumentos selectivos sino también los objetivos formativos específicos o prioritarios, sin perjuicio de las necesarias interconexiones, de cada uno de los mismos. Para ello se hace imprescindible trazar perfiles exigibles, a partir de la identificación de las correspondientes habilidades y capacidades, en cada una de las fases del proceso.
Debe dejarse muy claro cual es el perfil capacitante que se reclama del aspirante para afrontar la primera fase, que podríamos denominar de *examen de conocimientos*, y los objetivos o rendimientos que en términos de capacidades y habilidades adquiridas deben obtenerse. Esquema de trabajo que debe reproducirse en cada una de las fases posteriores, delimitando, también, y ello es particularmente importante, los *pesos selectivos* que comportarán. La fase primera fase no puede agotar toda la carga selectiva del proceso. Las otras fases deben jugar un papel también relevante en el mismo en función de la obtención, o no, de los específicos objetivos capacitantes.
Desproveer a cualquiera de las fases posteriores de carga selectiva supondría, sencillamente, negar la idea de proceso selectivo. La no selección, la no evaluación de las fases posteriores trasmite la idea de que los objetivos capacitantes que se pretenden obtener no son importantes. Y ello, desde luego, chocaría frontalmente con las bases del nuevo modelo en el que deben identificarse objetivos de capacitación esenciales en cada una de las fases y a obtener por cada uno de los instrumentos diseñados. Negar, por ejemplo, capacidad selectiva a la Escuela Judicial, supone, llanamente, reducir significativamente su valor como instrumento y la renuncia a obtener los trascendentes rendimientos formativos que deben exigirse en dicha fase.
- II. Con relación específica a la primera fase del proceso, defendemos la necesidad de una prueba que responda a exigentes criterios de capacitación/formación en conocimientos jurídicos que permita la selección de los mejores candidatos. Dicha prueba, sin embargo, no puede basarse en el acopio memorístico y fragmentario de conocimientos institucionalistas del ordenamiento jurídico desconectados de las finalidades y necesidades formativas que reclama el acceso a la función jurisdiccional.
- III. Ello pasa por la racional reordenación de la *oposición*, modificando sus contenidos así como los métodos de aprendizaje y validación. Y ello con la finalidad de permitir constatar, además de un alto grado de conocimiento del derecho, la capacidad de argumentación, de relación, de análisis de cuestiones aplicativas y de identificación de los problemas más importantes de la llamada cultura jurídica contemporánea.

Lo anterior debería plasmarse en concretas herramientas de desarrollo:

1. En el seno del CGPJ y mediante mayoría cualificada, y en condiciones de transparencia y publicidad, debería nombrarse una comisión de expertos, conformada por destacados juristas, tanto miembros de la Carrera Judicial como de otras profesiones jurídicas (en particular profesores de la Universidad, Abogados,

Fiscales) que elaboren un programa completo y sistemático de los contenidos que deben ser objeto de estudio y análisis por el concursante.

2. Dichos contenidos no pueden responder a esquemas clásicos de *temario* sino que deben plasmar la transversalidad e interrelación sistemática de todo el ordenamiento, con especial incidencia en la dimensión constitucionalizada del mismo. El programa de contenidos no debe traducirse en epígrafes aislados sino en fórmulas de interrelación que permitan su estudio con rendimientos formativos en clave de profundización y análisis crítico. Las llamadas categorías conceptuales deben presentarse no como material memorizable sino como instrumentos al servicio de la capacidad analítica y discursiva del candidato ante casos y cuestiones que puedan formularse por los tribunales de calificación. Debe, en todo caso, tomarse en cuenta para la elaboración del programa de contenidos de esta primera fase los objetivos de capacitación que corresponde desarrollar a las otras fases del proceso. En particular, los aspectos más marcadamente funcionales o procedimentalistas.
3. Dicha comisión debe gozar de independencia funcional y su propuesta debe ser aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Deben prevenirse mecanismos de actualización que posibiliten su constante *aggiornamento* a la vista de novedades legislativas o aparición de nuevos conflictos.
4. Las pruebas de validación deben ser de forma primordial escrita a partir de la formulación de cuestiones que sugieran complejos problemas aplicativos del derecho. Es esencial que aquéllas permitan evaluar la capacidad discursiva y analítica del candidato y acreditar que dispone de un conocimiento sistemático del ordenamiento, sin perjuicio que por las exigencias del perfil funcional del juez de entrada se incida de forma prioritaria en materias vinculadas con el derecho patrimonial, penal y procesal. Los casos deben, en todo caso, permitir, también, valorar la formación constitucional del candidato.
5. La formulación de las pruebas concretas también reclama la intervención de expertos muy cualificados, no solo miembros de la carrera judicial, cuyo nombramiento debe corresponderle al Pleno del CGPJ, también en condiciones de transparencia y publicidad.
6. Deben fijarse previamente los objetivos capacitantes que se pretenden alcanzar con cada una de las pruebas.
7. Las pruebas deberían constar, al menos, en el análisis y desarrollo argumental de tres problemas o casos y en el comentario analítico de alguna decisión de los Altos Tribunales nacionales o internacionales particularmente trascendente en materia de derechos y garantías fundamentales, tanto procesales como sustantivas.
8. Además, se presenta como conveniente someter al candidato a una prueba de cultura general y de competencia lingüística en idiomas extranjeros, francés o inglés. La Escuela Judicial debe asegurar instrumentos que permitan a los candidatos que accedan a dicha fase adquirir competencia lingüística en otras lenguas del Estado que les habilite para el ejercicio de la función jurisdiccional en Comunidades con lengua propia.

9. Los ejercicios deben realizarse en condiciones de igualdad y preverse un tiempo razonable de elaboración.
10. Para la realización de las pruebas escritas se presenta razonable la descentralización en las capitales de las diferentes Comunidades Autónomas o en las sedes de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia.
11. Los tribunales deben conformarse bajo criterios de estricta especialización. Sus miembros, tanto los de la carrera judicial como de otros orígenes profesionales deben acreditar curricularmente sus capacidades y nombrados por el Pleno del CGPJ, en condiciones de transparencia y publicidad.
12. La sede de los tribunales puede descentralizarse preservando los principios de unidad de criterios y de alta cualificación de sus miembros.
13. Los ejercicios deben ser expuestos ante los tribunales de calificación mediante su lectura los cuales deben disponer de la posibilidad de formular preguntas o aclaraciones al candidato sobre el contenido de su exposición o sobre las objetivos capacitantes que identificaban la prueba concreta.
14. Las exposiciones deben ser grabadas por sistema audiovisual.
15. Cada miembro del tribunal debe emitir su valoración y justificar de forma razonable su opción calificatoria, levantándose acta que recoja las mismas.
16. La decisión final sobre quienes son admitidos o excluidos debe formularse a la finalización de todo el proceso de validación tomando en cuenta la ordenación de rendimientos obtenidos por el conjunto de los candidatos.
17. Como condición de acceso a la primera fase debe exigirse, en los términos del Plan de Bolonia, una acreditación de postgrado relacionado con el acceso a profesiones jurídicas. Debe prevenirse un régimen público de control y supervisión de las habilitaciones académicas que se otorguen por Centros Privados.
18. La preparación de los contenidos debería hacerse mediante centros cualificados en los que el aprendizaje se acompañe de altos rendimientos formativos sobre las materias estudiadas.
19. El Estado debe ofrecer programas de ayudas públicas para que el candidato con escasos recursos económicos pueda afrontar la fase de preparación del examen de contenidos.

Notas a la 4ª Sesión: La posición constitucional del órgano de gobierno del Poder Judicial

La Constitución, como norma fundacional del Estado, se encarga, entre otros contenidos, de determinar las reglas esenciales de distribución del poder, no sólo en clave institucional o meramente descriptiva sino estableciendo la manera en que éste debe ejercerse y los límites que cabe oponer al mismo.

La idea de la división del poder, en terminología continental, o de su distribución en ramas, en la concepción norteamericana, no opera sobre realidades estáticas.

Uno de los factores que agudizan la intrínseca complejidad de los regímenes democráticos reside, precisamente, en que el reparto del poder constitucional se realiza en condiciones dinámicas, inestables, sobre una suerte de magma en movimiento, que es lo que explica la existencia de conflictos entre los agentes llamados a ejercer las potestades constitucionales.

La inestabilidad de la regla de distribución del poder estimula, como una consecuencia democrática inevitable, que los llamados a hacer uso de la misma pretendan atribuirse más cuotas, más espacios de intervención, que los que los otros agentes están dispuestos a aceptar.

Los paradigmas clásicos, al uso en la cultura constitucional continental, que identificaban al siglo XIX como el de la preeminencia del poder ejecutivo, a la primera mitad del siglo XX, como el del protagonismo del poder legislativo y a la segunda mitad del siglo pasado, como el del activismo configurador de los jueces, ya no sirven para describir de manera precisa la situación actual en el que se desenvuelve el Estado Constitucional Democrático.

Ahora bien, lo inevitable del conflicto, su intrínseca correspondencia con un modelo constitucional de organización del poder, no desplaza la necesidad de que los agentes nominados para ejercerlo, lo hagan aplicando estándares rigurosos de responsabilidad, de adecuación a los valores y los principios que la propia Constitución se encarga de situar en una posición preeminente, como verdaderas precondiciones para su validación.

El Ejecutivo no puede transgredir los límites competenciales ni desconocer el mandato de igualdad ni de interdicción de toda arbitrariedad. El Legislativo tiene que ajustar su labor productiva de normas a un exigente programa de racionalidad ética, procedimental, sistemática, teleológica, pragmática y, también, claro está, lógico-formal. Los jueces, tanto los ordinarios como los constitucionales, no pueden renunciar a parámetros de autorestricción en la toma de decisiones que permita la compatibilidad del ejercicio de su poder concreto, de origen primariamente no democrático, con los mandatos legales que nacen del ejercicio de la soberanía popular. El Tribunal Constitucional no debe ceder a la tentación de convertirse en legislador positivo, debe ser prudente en la reparación de las discriminaciones normativas o de las irracionalidades del legislador, aplicando estándares metodológicos de deferencia hacia el acto legislativo democrático.

Sin embargo, los mecanismos constitucionales de coexistencia de los “poderes”, de desarrollo razonable, en fin, de la regla de distribución del poder, no siempre son suficientes ni eficaces.

Junto al elemento dinámico al que antes me refería, como factor de dificultad, se añade la circunstancia de que la propia regla de poder diseñada en la Constitución no es enteramente rígida ni precisa. Las Constituciones pluralistas, a cuya categoría pertenece la nuestra, se caracterizan por no contener una regulación estática y cerrada de la compatibilidad, de la solución de las colisiones y de los puntos de equilibrio entre los

agentes de poder ni tampoco entre los espacios de operatividad de los derechos que contiene. Utilizando un símil de Würzel, aquella es como una de esas viejas fotografías de finales del siglo XIX que si bien permite apreciar con claridad la imagen central, sin embargo, se difumina cuando de lo que se trata es de identificar los límites que la enmarcan.

La Constitución confía a los propios destinatarios primarios de la regla, su adecuada conservación y adaptación a los cambios sociales, a las necesidades funcionales que surjan como consecuencia de las propias dinámicas en las que se desenvuelve la estructura constitucional del Estado. Los propios agentes del poder asumen, por tanto, una función de identificación, de señalización de los límites institucionales y orgánicos en los que aquella debe desarrollarse.

Es evidente que para esta función, el Parlamento adquiere una decidida importancia. A él le corresponde, de forma primaria, la obligación de desarrollar, mediante las leyes, el Estado Constitucional, procurando el buen funcionamiento de la regla de poder diseñada, señalando sus límites, adaptando funcionalmente su eficacia siempre, claro está, de conformidad a los presupuestos estructurales, explícitos e implícitos, previstos en la Constitución.

En este contexto, la posición constitucional del Consejo General del Poder Judicial no se ha traducido en una clara y estable delimitación legal de sus rasgos institucionales, en particular los que afectan forma de denominación de sus integrantes. No debemos olvidar, a la luz de las experiencias constitucionales comparadas que sirvieron de modelo al constituyente español, que los mecanismos de autogobierno se justificaban en la necesidad de romper los nexos de fuerte relación funcional y orgánica que habían vinculado a los jueces con el poder ejecutivo en los regímenes autoritarios precedentes, para asegurar su efectiva y material independencia, como instrumento al servicio del equilibrio constitucional de los poderes.

Sin embargo, la idea motriz que justificó la constitucionalización del autogobierno judicial no ha ido acompañada de un desarrollo estable y armónico.

No es exagerado afirmar, citando a Sáiz Arnáiz y Jiménez Asensio, que el modelo de gobierno de los jueces es una de las zonas constitucionales menos explorada y que presenta mayores perfiles de dificultad operativa, tanto en términos funcionales como sistemáticos.

Prueba de ello, es que en los veinticinco años de sistema constitucional el modelo de configuración y funcionamiento ha sufrido, al menos, tres importantes cambios o variaciones, que han venido acompañadas de más o menos intensas polémicas político-constitucionales.

La primera de estas polémicas surgió con la reforma del mecanismo de designación de los miembros del Consejo prevista en la primigenia Ley de 1980, operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, la cual fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional por dos cauces diferentes. El primero, mediante un conflicto de competencias planteado por el propio Consejo, conformado a la luz de las previsiones de la Ley que se derogaba. El segundo, por la interposición de un recurso de

inconstitucionalidad por el grupo mayoritario de la oposición en el momento en que se aprobó la Ley.

Ambas impugnaciones, cuestionaban la transferencia al Parlamento de facultades exclusivas para la elección de los miembros del Consejo, su configuración, en fin, enteramente política frente al sistema anterior en el que doce de los vocales eran elegidos directamente por los jueces.

Las respuestas del Tribunal Constitucional (SSTC 45/1986, 108/1986) fueron coincidentes en cuanto al fondo y al discurso justificativo por el que se rechazaba la pretendida crisis de constitucionalidad del nuevo modelo. El Alto Tribunal, en una ejemplar aplicación del estándar interpretativo de la deferencia hacia el legislador democrático, consideró que la elección parlamentaria de todos los vocales integrantes del Consejo no vulneraba la regla de distribución de poder constitucional, en cuanto no la contradecía en términos irreductibles, si bien advertía, seriamente, de los riesgos que podía comportar el nuevo modelo.

En particular, el de la traslación al Consejo y, por tanto, al Gobierno de los jueces encargado de velar por su independencia, del esquema parlamentario de mayoría y minoría política y la consiguiente aplicación o reproducción de procesos decisionales basados en la dinámica del enfrentamiento entre partidos que, aún siendo democráticamente irreprochable, podía menoscabar los deseables niveles de independencia externa e interna de los jueces y, sobre todo, la confianza de los ciudadanos en la existencia de un poder judicial no sometido a los vaivenes y coyunturas partidistas. En palabras del propio Tribunal Constitucional, el nuevo modelo entrañaba *“el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial”*.

El Tribunal Constitucional, al tiempo que identificaba el riesgo destacó los mecanismos para neutralizarlo o, al menos, para reducirlo a “tasas” tolerables que no comprometieran la regla de distribución del poder. El *antídoto* consistía en la exigencia legal de una mayoría muy cualificada, de las tres quintas partes de los miembros de las respectivas Cámaras, para la elección de los vocales. Prima facie, dicha condición procedimental aseguraba un razonable grado de consenso entre las diversas fuerzas políticas para, sin renunciar a la necesaria proyección del pluralismo ideológico en la composición del Consejo, permitir el desarrollo no *parlamentarizado* de sus funciones, sobre todo la de la protección de la independencia interna y externa de los jueces, no lo olvidemos, únicos titulares del poder y respecto a los cuales el Consejo, como órgano constitucional, carece de toda facultad o capacidad representativa (STC 45/1986).

Dicha doctrina evidenciaba, sin embargo, la débil protección que la Constitución dispensaba al modelo de autogobierno, como manifestación específica de la regla de distribución de poder. Su eficacia, su propio encaje constitucional, no dependía del contenido prescriptivo previsto en la Constitución, sino del cumplimiento por parte de

los agentes del poder, en particular del Parlamento y de los Partidos Políticos, de un programa ético, de unos principios morales, en su actuación configuradora.

Las garantías del buen funcionamiento del gobierno judicial quedaban fuera del sistema institucionalizado de protección y se situaban en una inestable atmósfera de buenos deseos, cuyo cumplimiento se confiaba, en exclusiva, a la voluntad y a la responsabilidad constitucional de los Partidos parlamentarios.

El Tribunal Constitucional, con su sentencia 108/86, no se limitó sólo a convalidar el sistema de elección parlamentaria de los vocales, sino que afirmó que desde ese momento el buen uso de la regla de distribución de poder ya no podía ser objeto de su control garantizador.

Las consecuencias no tardaron en manifestarse. Las diferentes coyunturas parlamentarias propiciaron un mejor o peor funcionamiento del modelo, pero todos éramos conscientes que los malos augurios del Tribunal Constitucional lo acechaban de forma incesante.

Las mayorías parlamentarias impusieron su lógica política en los diversos Consejos, conformados al abrigo de la Ley de 1985. Las sucesivas mayorías políticas absolutas del Partido Socialista tuvieron un evidente reflejo en la composición, también, de los respectivos Consejos, introduciéndose una praxis de funcionamiento de marcada influencia política-mayoritaria que se sitúa como un elemento intrahistórico, e histórico, que sirve para explicar comportamientos del actual Consejo.

Buena prueba de lo antedicho es que sólo cuando la composición parlamentaria dio como resultado un ajustado juego de mayorías políticas y la correlativa necesidad de recurrir al consenso para el desarrollo de la regla de distribución del poder, el funcionamiento del Consejo se amoldó a la misma en términos de razonable correspondencia.

El Consejo presidido por Javier Delgado constituyó un buen ejemplo de lo antedicho. Por primera vez, el Consejo General del Poder Judicial se conformaba a partir de una mayoría política relativa. Ello se proyectó en la ausencia en el seno del órgano de gobierno de los jueces de una clara posición política-partidista preeminente. El Consejo pudo afrontar el desarrollo reglamentario de la importante reforma de la LOPJ de 1994, en un clima de razonables condiciones deliberativas, sin que pueda ocultarse, tampoco, la excelente labor de su presidente que supo situarse en un indiscutido papel institucional *suprapartes*.

La nueva legislatura que se inició con las elecciones de 2000, en las que el Partido Popular obtuvo una amplia mayoría absoluta, trajo de la mano un nuevo cambio en el modelo de elección de los vocales del Consejo. Conservando el mecanismo de su elección exclusiva por el Parlamento, la reforma de 2001, consensuada con el principal partido de la oposición, PSOE, introdujo una suerte de mecanismo previo de cooptación corporativa de los candidatos de origen judicial. Por un lado, las asociaciones judiciales, y, por otro, los jueces no asociados, mediante la presentación de determinados números de firmas o “votos electorales”, proponían al Parlamento los nombres de los jueces sobre los que debería recaer la designación de los doce vocales de extracción corporativa.

Dicho mecanismo sugería una aparente voluntad *despolitizadora* del Consejo, un reajuste en el funcionamiento de la regla de distribución de poder, que sin renunciar al mecanismo de designación parlamentaria como método de legitimación democrática de sus miembros, lo aproximara a una concepción original de mayor participación directa de los jueces en la conformación de su órgano de gobierno, al modo en el que funcionan otros sistemas próximos de autogobierno judicial como el italiano o el francés. Se abría, sobre la letra impresa del BOE, una nueva vía que podía servir para evitar, neutralizar, de nuevo, los riesgos anunciados por el Tribunal Constitucional, sobre todo si se tomaba en cuenta el clima parlamentario del momento y la existencia de una fuerte mayoría política.

Sin embargo, casi desde los primeros pasos del nuevo sistema, se pudo observar que las expectativas generadas quedaban muy lejos de la realidad y que el cambio operado iba a comportar consecuencias indeseables, haciendo realidad hasta un grado nunca visto en nuestra historia política, los peores presagios ya apuntados por el Tribunal Constitucional en 1986.

Desde el primer momento se constató que la fórmula de elección cualificada de los vocales se había utilizado como un simple instrumento procedimental. Ni los partidos ni los propios miembros electos asumían que su designación no sólo podía justificarse por la obtención de un determinado quórum numérico, sino que debía responder a una manera constitucionalmente responsable de ejercicio de la regla de distribución del poder. La praxis de funcionamiento del nuevo Consejo de 2001 evidenciaba de forma clara el rechazo al contenido material del método de designación. El hecho de que tanto los vocales de la *mayoría* como los de la *minoría* fueran elegidos con los votos de la mayor parte de los Partidos del arco parlamentario no podía impedir el desarrollo de una política de Gobierno Judicial marcada por la división y el enfrentamiento político.

El clima de neta, de indisimulada, confrontación se instalaba en el seno del Consejo como nunca, tal vez, hasta ese momento, se había vivido. La mayoría asumía su correspondiente estatuto *paraparlamentario*, y los vocales llamados progresistas asumían con desconcierto y con cierta inmadurez el rol de minoría política que *los del otro lado de la mesa*, en textual expresión del vocal Requero, se habían encargado de atribuirles, con muy escasa legitimidad para hacerlo.

Las concretas manifestaciones de la anunciada praxis decisonal, bajo criterios de pura mayoría política, no tardaron en ponerse de relieve.

En dicho clima de ruptura de las condiciones constitucionales del buen gobierno judicial, las elecciones de marzo de 2004 vinieron a agudizar el conflicto de manera notable.

En una clara, pero ignorada, contradicción con la propia doctrina que justificaba su praxis decisonal en el juego de las mayorías parlamentarias, el grupo *mayoritario* de vocales activó una decidida política de enfrentamiento con el Gobierno resultante de la nueva composición del Parlamento, emanado de las elecciones de marzo. El rechazo de todo consenso y valoración deliberativa del mérito y la capacidad se mantuvo como una constante en la designación de los cargos judiciales discrecionales, produciéndose evidentes abusos en el ejercicio de las facultades dictaminadoras previas que la LOPJ

atribuye al Consejo respecto a determinados Proyectos de Ley, mediante la aplicación de estándares de oportunidad política del todo impropios de un Órgano Constitucional con funciones de *acompañamiento* y asesoramiento técnico-jurídico de los procesos prelegislativos. Clima de enfrentamiento al que tampoco ha sido ajeno el Gobierno de la Nación, negando el traslado en relación con determinados Proyectos, de forma, en ocasiones, arbitraria (en particular, el Proyecto relativo al matrimonio entre parejas del mismo sexo)¹.

Dicho contexto de degradación del ejercicio de la regla de poder conforme a la Constitución, ha enmarcado y condicionado decididamente el proceso de reforma de la LOPJ.

La cuestión que surge es valorar si las patologías del modelo de autogobierno judicial que se arrastran, casi, desde su primera formulación legislativa constituyen un lastre estructural, una consecuencia inevitable de su diseño o si, por el contrario, responden a coyunturas o a factores vinculados con la composición personal del mismo y, por tanto, superables mediante un nuevo compromiso de las fuerzas políticas para reactivar la regla material de funcionamiento que se decanta de la Constitución.

A este respecto, no puede negarse que la crisis del modelo de autogobierno no es una excepción española. En nuestro entorno político-constitucional del que extrajimos las

¹ El informe sobre el Proyecto de Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, constituye un buen ejemplo de instrumentalización de la facultad dictaminadora del Consejo. Sin perjuicio de la legítima e institucionalmente conveniente apertura de un diálogo crítico entre los órganos constitucionales con la finalidad de que los procesos legislativos respondan a adecuados estándares de racionalidad, el informe patentizó, con desnuda claridad, una intención de interferencia política que iba mucho más allá de la función que la LOPJ atribuía al Consejo y lo que es más grave, la ausencia de toda oportunidad al consenso o al pluralismo deliberativo que permitiera identificarlo como una decisión, en términos materiales, del Órgano de Gobierno. Los autores del informe se situaban en una perspectiva de análisis insostenible desde elementales parámetros de dogmática constitucional. El factor crítico no residía en la conclusión relativa a la inoportunidad técnica de la extensión de la institución matrimonial a personas del mismo sexo sino en los parámetros utilizados para justificar dicha conclusión. No sólo el lenguaje utilizado (con expresiones cargadas de evidentes trazos homofóbicos) impedía toda aproximación, aún desde la discrepancia, al proceso de elaboración del informe, de los vocales que no conformaban la *nueva mayoría*. La fractura se explicaba, sobre todo, en la medida que el informe se parapetó, bajo un aparente discurso jurídico, en preconcepciones de originalismo interpretativo, que nada tenían que ver con el estándar clásico del constitucionalismo norteamericano basado en la intención *de los padres fundadores*. El singular canon *originalista* utilizado en la elaboración del informe respondía al de las primeras formulaciones del protoiusnaturalismo (vid. Morelly, que en su obra el *Code de la nature*, de 1755, proponía penas severísimas para los que con el fin de restaurar la propiedad privada, hubieran propuesto la revisión de las leyes de la naturaleza sobre la propiedad colectiva) asentadas en la idea de la inmutabilidad de aquellas categorías, como el matrimonio que, por su origen *natural*, debían quedar fuera del debate político constitucional, llegándose a afirmar, en este sentido, incluso, el fundamento presocial del matrimonio. El estándar de análisis que inspiraba el informe, en la medida que se situaba, en una esfera extraña a la Constitución, como fórmula jurídica abierta, resultaba funcionalmente irreconocible para un órgano constitucional, encargado del examen de una propuesta política de reforma legislativa.

Junto a ello, el informe aparecía repleto de negaciones de la alteridad, en fórmula de Habermas, como valor configurativo de la sociedad compleja y abierta. A este respecto, se llega a afirmar que no se cuestiona el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio siempre que sea con personas de otro sexo; o que el carácter estable de la institución matrimonial no es extendible a situaciones de convivencia homosexual tendencialmente inestables, con expresas referencias a informes psicosociológicos de ignorada solvencia técnica; o la negación expresa de la condición de minoría políticamente relevante a los homosexuales y, por tanto, no merecedora de una reacción legislativa de equiparación; o la descalificación de la capacidad de los homosexuales para adoptar en consideración a dudosas presunciones paraempíricas de su inadecuación personal para la asunción de los deberes y derechos que determinan el contenido de la patria potestad.

referencias culturales que sirven de fundamento a la propia idea, el panorama no es ni mucho menos pacífico, aún cuando, en efecto, puedan identificarse diferentes causas y factores propiciatorios de la crisis. La singularidad de la situación española no reside, como en el caso italiano, en un problema de extensión del autogobierno, o de enfrentamiento con el poder representativo del parlamento o del ejecutivo, o de lucha interna entre los componentes *togados y laicos* del propio Consejo, o de identificación de espacios de autogobierno exentos de todo control político, con un riesgo de alteración, **por exceso**, de la regla de poder constitucional, sino, precisamente, en lo contrario, en la anulación de barreras identificativas del territorio de poder atribuido, en la absoluta inmersión del gobierno judicial en la esfera de la política parlamentaria, desdibujando, **por defecto**, la regla de poder.

Solución que no ha venido sustancialmente superada por la elección y entrada en funcionamiento del nuevo Consejo, producto de un agotador proceso de selección que se prolongó más de dos años.

La gravedad de la crisis es, a mi parecer, evidente. En una situación tan deficitaria de autonomía política del gobierno judicial, los riesgos de lesión de la independencia externa y de menoscabo de la confianza de la sociedad en el Poder Judicial se multiplican y se intensifican.

Resulta evidente que la desmedida influencia política introduce un peligro elevado de transmutar el riesgo ínsito de lesión de la independencia interna – que acecha siempre a los modelos de autogobierno continentales en los que los jueces de origen burocrático se integran en una carrera profesional jerarquizada- en externa, con las consecuencias que pueden derivarse en términos de legitimidad de todo el sistema de poder diseñado en la Constitución y de ineficacia de los mecanismos de *checks and balances* previstos para su aseguramiento.

La gravedad de la situación reclama, a mi parecer, urgentes medidas paliativas. El reajuste de la regla de poder que permita el racional desarrollo del modelo de autogobierno, que le posibilite, a la postre, salir de la situación de asfixia política en la que se encuentra sumido no pasa necesariamente, por paradójico que parezca, por el cambio del sistema parlamentario de elección de los miembros del CGPJ. Las razones que en el plano del discurso constitucional abonan la oportunidad de dicho modelo, como un mecanismo de engarce del sistema de autogobierno del Poder Judicial con el principio de la representación democrática, siguen siendo válidas.

El problema, insisto, no es de filosofía constitucional sino de praxis anticonstitucional. Las instituciones no se definen sólo por sus reglas formales sino, también, por las "prácticas" que generan y que les dotan de sentido. El *Demiurgo* institucional no es, por tanto, omnipotente. Él puede diseñar las instituciones, pero la manera en que éstas actúan dependerá de las prácticas que desarrollen, las cuales quedan fuera del control del demiurgo.

Uno de los problemas esenciales del Consejo, tanto desde una perspectiva histórica como actual, reside, precisamente, en el fenómeno de la "*path dependence*", esto es en que las instituciones tienen una fuerte inercia en favor del tipo de práctica hasta ahora seguida por ellas.

Los mecanismos decisionales del CGPJ nunca se ajustaron a adecuadas condiciones de producción, provocando que el débil sistema inmunológico que la Constitución le brindaba, por la vía de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Constitucional, deviniera manifiestamente ineficaz contra la presión política, con la consecuencia de un evidente retroceso en su espacio funcional como órgano de gobierno de uno de los poderes previstos en la Constitución. Lo que se traduce en unos costes en salud constitucional sinceramente inasumibles.