

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

Por más que se insista en los últimos tiempos desde instancias oficiales en que España se encuentra a la cabeza de los países europeos con una *ratio* más alta de “número de jueces por número de habitantes” (para justificarlo basta con la burda maniobra de computar entre la primera variable a los 7,678 jueces de paz, que se sumarían así a los 4,029 jueces de carrera), lo cierto es que, como es sabido por cuantos se dedican a la práctica cotidiana en el foro, una de las más importantes lacras que padece nuestro sistema judicial es el bajo número de jueces, y así lo pone de relieve no sólo la experiencia práctica más elemental, sino también la comparación con otros países más o menos desarrollados (máxime si se tiene en cuenta el grado de litigiosidad existente en nuestro país, que agrava el problema): por ejemplo, en Portugal hay un juez por cada 6,875 habitantes, en Alemania uno por cada 3,200 habitantes, mientras que en España hay un juez por cada 10,000 habitantes. En los últimos años, por ello mismo, se ha venido haciendo un esfuerzo para incrementar el número de plazas totales, si bien la cicatería cuantitativa de las últimas convocatorias corre el riesgo de echar a perder los esfuerzos de la última década.

I

Sea como sea, lo que no se ha puesto en cuestión por las fuerzas políticas ni en el seno del propio Consejo General del Poder Judicial es un eventual cambio en el sistema de acceso a la carrera judicial. El sistema tradicional de oposición libre parece darse por indiscutible como método general de acceso, sin perjuicio de que coexista con los (mal) llamados tercer y cuarto turnos —bien que en la práctica restringidos en grado máximo—, como vías excepcionales de acceso al ejercicio de funciones jurisdiccionales, existiendo en estos momentos en trámite un proyecto de reforma de la LOPJ que suprime incluso el tercer turno, y también conviva con el ejercicio interino de tales funciones por parte de jueces sustitutos y magistrados suplentes, cuya actividad tiende a restringirse

en la medida de lo posible. Aunque se sabe de la existencia de otros modelos de acceso a la carrera judicial alternativos a la oposición libre, apenas se ha mostrado interés hacia ellos y no en pocas ocasiones se han minusvalorado, cuando no despreciado, las posibles alternativas, aun sin conocerlas. Y tampoco en la doctrina se había tratado el tema desde una perspectiva *iuscomparada* con un mínimo alcance hasta la obra que pasamos a revisar, coordinada por Rafael Jiménez Asensio.

No puede dejar de reconocerse que el sistema tradicional de oposición presenta dos grandes ventajas, de gran importancia cuando una se pone en relación con la otra: en primer lugar, garantiza, por lo general, un elevado grado de competitividad y, por consiguiente, una selección importante de los mejor preparados; y en segundo lugar, se refleja como un sistema bastante más objetivo que otras alternativas imaginables, y ello aun con la figura de la “recomendación” que opera con cierta frecuencia en la oposición, costumbre, dice Jiménez Asensio, “muy española de la que prácticamente nadie puede considerarse ajeno”. El inconveniente, desde nuestro punto de vista, estriba —y no es poco— en que, como señala el coordinador de la obra que se recomienda,...

...la fase de oposición no sirve realmente para saber si una persona es capaz o no de desempeñar la función jurisdiccional; es más, está diseñada para saber exclusivamente que el aspirante tiene una capacidad memorística envidiable, un verbo más o menos fácil y que, en fin, ha estudiado un programa extenso, “empaquetado” habitualmente en unos apuntes (denominados genéricamente “respuestas al cuestionario de oposiciones”), y generalmente de calidad jurídica muy baja, pero adaptados al tiempo que se ha de emplear en el recitado o canto de los temas ante el preceptivo tribunal. Así no cabe extrañarse de que el futuro juez disponga de una amplia “cultura jurídica *de referencia*”; esto es, recita con soltura numerosos autores doctrinales sin haber leído... una sola línea de ellos.

Es, pues, un sistema de selección “basado en pautas decimonónicas” y que no se adecua “a las funciones que deben desarrollar los jueces y magistrados”, pues ni se tienen en cuenta las habilidades que debería tener un juez en el ejercicio de su labor ni el programa exigido es mínimamente racional.

Sobre esto último se han pronunciado recientemente otros dos profesores de la Escuela Judicial, en un artículo muy crítico, y digno de leerse, con el programa exigido para superar la oposición: J. Hernández

García y A. Saiz Arnaiz.¹ Una de las conclusiones a las que arriban estos autores, y con ella terminan sus reflexiones, es la siguiente:

...sólo basta dar un “vistazo” al temario de oposición para aprehender la gravedad del desajuste del instrumento de selección. La identificación de las materias, su ordenación, la terminología utilizada, los contenidos de los que se prescinde, las graves pretericiones de materia constitucional junto a los mecanismos de preparación, y los propios métodos de validación del altísimo esfuerzo preparatorio del candidato permiten afirmar la referida grave disfuncionalidad. No se trata, obvio es decirlo, de negar la necesidad de la oposición como instrumento selectivo o de que aquélla no responda a exigentes criterios que permitan la selección de los mejores candidatos, lo que se trata de apuntar es que el modelo no puede basarse en el acopio memorístico y fragmentario de conocimientos institucionales del ordenamiento jurídico, en muchas ocasiones completamente desconectados de las finalidades y necesidades formativas que reclama el acceso, en condiciones de adecuada capacitación, al ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Resulta evidente la notable desconexión entre el inmenso sacrificio personal que supone enfrentarse de manera seria a la oposición —actualmente, la media de tiempo de preparación de los candidatos que la superan es de cuatro años y cinco meses— y los réditos formativos que se obtienen. La reordenación bajo criterios de racionalidad teleológica de la oposición pasa, tanto por la modificación de una buena parte de los contenidos, como, también, de los métodos de aprendizaje y de validación. Y ello con la finalidad de permitir, por un lado, constatar, además del grado de conocimiento amplio y sistemático del derecho constitucionalizado, la capacidad de argumentación, de relación, de análisis de cuestiones aplicativas, de identificación de los problemas más importantes de la llamada cultura jurídica contemporánea y, por otro, posibilitar que el espacio formativo de la Escuela Judicial se conciba como una natural y lógica continuidad sistemática de un proceso de capacitación profesional. La Escuela, sus retos formativos, su indispensable necesidad como instrumento de capacitación, no puede seguir sobreviviendo en el reducido espacio que le brinda la oposición, tal como hoy aparece configurada. ¿La retención integral del articulado de los respectivos Códigos (penal, civil, procesales) suministra instrumentos funcionales para el desempeño de la labor judicial en el modo y con las exigencias derivadas del Estado constitucional? ¿La in-

¹ “La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 6 de marzo de 2003.

formación jurídica que se memoriza tiene algo que ver con el derecho que se aplica? ¿Realmente podemos seguir manteniendo la ficción de que un método de aprendizaje del derecho, que se consolida en los estertores del régimen de la Restauración, suministra los instrumentos y claves formativas que reclama el modelo de juez constitucional del siglo XXI?

Y lo cierto es que, aunque desde dentro de la carrera judicial, por razones comprensibles y explicables, no se haga cuestión del sistema vigente de oposición libre para el acceso a la carrera judicial (los jueces que acceden por esa vía se autodesignan, significativamente, en ocasiones como “jueces de pata negra” o expresiones similares), la realidad hace patente la necesidad de revisar en profundidad el sistema actual de oposición, que es, como dicen los autores antes citados, una “apreciada pieza arqueológica del más anacrónico de los formalismos jurídicos preconstitucionales”. Pues bien, para ello será preciso, en primer lugar, reformar el sistema actual de oposición a fin de hacerlo más racional y ajustado al perfil exigible a un futuro juez, que ejercerá como tal durante cuatro décadas como media; y en segundo lugar, deberán considerarse otras posibles modalidades de acceso a la carrera judicial, y para ello parece lógico atender, ante todo, aparte de la propia experiencia con el tercer y cuarto turnos, al derecho comparado, sin perjuicio de que deba evitarse el trasplante en bloque de soluciones foráneas que no se adapten a la realidad española. Pues bien, para todo ello tiene gran valor el libro que se recomienda, que será a partir de ahora una obra de referencia en la materia, dada la escasez de estudios entre nosotros sobre el acceso a la carrera judicial con un enfoque mínimamente crítico e *iuscomparado*.

II

Aunque la obra no se estructure así formalmente, cabe distinguir tres partes o capítulos fundamentales en la misma: a) por un lado, los trabajos que pueden considerarse como una parte general, pues se refieren al acceso a la función judicial con carácter general, sin centrarse en un único sistema nacional (el trabajo de Carlo Guarnieri, “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado” y el artículo de Rafael Jiménez Asensio, “A modo de conclusiones: un panorama (incompleto) de los sistemas de acceso a la judicatura en Europa”); b) los trabajos de parte especial, relativos al sistema de acceso a la carrera ju-

dicial en los distintos países (el de Luis María Díez-Picazo, respecto del sistema francés, el de Patricia Pederzoli respecto de los sistemas italiano y alemán y el del coordinador de la obra respecto del sistema español); c) el repertorio bibliográfico sobre el tema, bastante completo y sistemático, y de gran utilidad en un tema poco tratado como éste, a cargo de A. Torres.

Los sistemas nacionales estudiados son, aparte del español (a cargo del coordinador y al que se dedica prácticamente la mitad de la obra), el francés, alemán e italiano. Acaso el sistema más interesante para nosotros sea el alemán y ello no sólo porque es conocido el alto nivel formativo a que conduce y las elevadas exigencias que conlleva, sino también porque ello lo logra por medio de un sistema de acceso y “habilitación” bien distinto al español. Sobre el sistema alemán vamos a centrarnos por ello en este comentario (aunque no se cita en la obra ni tampoco en el repertorio bibliográfico final, es de gran interés el valioso trabajo de Philip Leith.²

Frente a la absurda memorización de preceptos y temas en que se basa nuestro sistema de selección de oposición libre, en el sistema alemán, en coherencia con una licenciatura basada también en iguales principios (¡el estudiante de derecho no tiene que memorizar preceptos, doctrinas o jurisprudencia, sino aprender desde el primer momento a manejar leyes, jurisprudencia y doctrina, y a resolver, con esos instrumentos puestos al servicio de la razón, conflictos jurídicos!), a todos los licenciados se les exige aprobar un *primer “examen de Estado”* que abarca todas las materias del ordenamiento jurídico, de gran dificultad y consistente siempre en *resolver casos prácticos*. Sólo quien, en una de las únicas dos oportunidades posibles para ello, supera ese examen (en 1999 no lo lograron el 30% de los examinados) es contratado por la administración como “Beamt auf Wiederruf”; quienes, por el contrario, no superan este examen (o el segundo examen a que luego nos referiremos) no podrán ejercer ninguna profesión legal.

Pero la superación de ese complejo examen de Estado es sólo una primera fase que lleva a la contratación como empleado jurídico de la administración *en prácticas*, cobrándose un sueldo variable en función de las condiciones familiares pero de entidad suficiente para garantizar la subsistencia (unos 1000 euros): es el “refendariado” (que comprende cuatro fases obligatorias de prácticas en un tribunal civil, otro penal o

² Philip Leith, “Legal Education in Germany: becoming a Lawyer, Judge and Professor”, publicado en el Web Journal of Current Legal Issues in association with Blackstone Press Ltd.: <http://webjdi.ncl.ac.uk/articles4/leith4html>, cuya lectura podrá complementar lo que aquí se dirá).

una fiscalía, un despacho administrativo y un despacho de abogados y otra fase opcional de seis meses de especialización en función de los propios intereses). Durante el refendariado se familiariza al “referendario” con las actividades y conocimientos específicos exigidos para el ejercicio de todas las profesiones legales básicas, si bien la perspectiva claramente dominante, al igual que durante la carrera, es la judicial; las prácticas se combinan con actividades didácticas complementarias de corte más teórico (resolución de casos prácticos, seminarios, grupos de trabajo, debates, exposiciones orales, etcétera), aunque lejanas del aprendizaje memorístico o puramente teórico a que estamos acostumbrados entre nosotros; y el referendario está en cada una de las fases bajo la tutela de un tutor y un director que cuidan de su formación práctica y “teórica”, respectivamente, emitiendo informes detallados y rigurosos en los que exhaustivamente se califica la capacidad, aptitud, diligencia, motivaciones, rendimiento y nivel de preparación del referendario, informes que luego son ponderados por el “responsable de las prácticas” designado en cada *Land* por el ministro de Justicia.

Todos esos informes y la evaluación global se incorporan al expediente personal, que podrá utilizarse por los Ministerios o por cualquier otro posible empleador, previo consentimiento del interesado. Una vez realizado el refendariado, ha de superarse un *segundo “examen de Estado”*, de mayor grado de dificultad que el primero y con una dimensión aplicativa todavía mayor, algo que suele suceder cuando el referendario ronda los treinta años de edad. Como dice en su estudio Pederzoli:

...una preparación apresurada no es aconsejable, puesto que, en general, si se fracasa, únicamente es posible repetir la prueba una sola vez y la selección es muy severa: como media más de un candidato de cada cuatro suspende el primer examen, pero los porcentajes de fracaso son a menudo inferiores en el segundo y los datos indican además una fuerte concentración en las franjas de notas medio bajas... en conjunto, menos de la mitad de los alumnos logra llevar hasta el final la formación.

Tras todos estos largos años de formación, la nota media obtenida puede considerarse “un indicador riguroso de la capacidad profesional y un criterio idóneo para evitar cualquier discriminación” y determina las perspectivas concretas de empleo. Y así en particular respecto del acceso a la carrera judicial, el hecho de que ésta “constituya una meta codiciada, así como la desproporción entre el número de aspirantes y las plazas disponibles, hacen que *los Ministerios estatales tengan la posibi-*

lidad de elegir a los habilitados con las mejores calificaciones” para nombrarlos “jueces en pruebas” (menos del 2% de los habilitados lo consiguen). Este nombramiento tiene una duración de entre tres y cinco años, periodo a lo largo del cual las garantías de inamovilidad están atenuadas, pues tales jueces pueden ser asignados a distintas funciones y son sometidos a evaluaciones periódicas muy detalladas por parte de los jefes de departamento (por ejemplo, el presidente del Tribunal) antes de conseguir la *designación como jueces vitalicios o de carrera*. En conclusión, sostiene Pederzoli, “el modelo alemán se caracteriza por un proceso selectivo articulado en el tiempo, de una cierta eficacia y que se presta a evaluar las dotes no sólo de carácter profesional sino también personales del futuro magistrado”.

No es preciso decir que este sistema de formación arroja como resultado unos juristas de muy elevado nivel, familiarizados desde los momentos iniciales de su formación con la que ha de ser la tarea fundamental de un jurista, el enfrentamiento desde una u otra perspectiva con una controversia jurídica (mentalidad jurídica casuística y habituada a resolver problemas jurídicos concretos), y muy habituados a manejar doctrina, legislación y jurisprudencia, por cambiantes y evolutivas que sean. Quien conozca el derecho alemán y a los juristas alemanes, sabe hasta qué punto ello es así. Y por lo que aquí interesa, permite una selección de gran rigor de los juristas mejor capacitados para el ejercicio de funciones judiciales. Desde luego que este sistema, aun siendo globalmente superior, sin margen posible de duda, a los esquemas formativos que todavía prevalecen entre nosotros, presenta también sus inconvenientes (entre ellos, la poca formación complementaria en materias no jurídicas) y, por otro lado, no es exportable en bloque y se basa en una discrecionalidad que, mal administrada (algo que podría fácilmente ocurrir entre nosotros sin estrictas cautelas), podría conducir a pésimos resultados. Pero sin pretender ni de lejos ese trasvase, el “modelo alemán” sí debería llevarnos, junto con otros muchos elementos y nuestra propia experiencia con el tercer y cuarto turnos, a un replanteamiento del sistema de reclutamiento de jueces que rige entre nosotros y a una seria reflexión sobre la mejor forma de conseguir que, manteniendo el elevado nivel selectivo en el acceso a la carrera judicial, las habilidades y formación de que estén dotados los seleccionados sean las más adecuadas para las funciones a que están llamados los jueces (resolver conflictos jurídicos). Esto último es algo que el sistema actual de oposición no garantiza de manera racional y suficiente y por ello será bueno abrir los ojos y la mente ante esta realidad y reflexionar sobre los cambios que habría que introducir para mejorar nuestro sistema selectivo y

formativo de los jueces, que, no lo olvidemos, ejercerán sus funciones durante una media de cuatro décadas (los de acceso por oposición libre). Desde luego, no puede dejar de constatarse que no corren tiempos propicios para tales reformas, pues ya hemos adelantado que desde el gobierno se propugna, y así se ha plasmado en un proyecto de ley que ha sido ya informado positivamente por el actual CGPJ (bien que con una ajustadísima minoría y una fuerte oposición de la llamada “minoría progresista” del Consejo), la desaparición del tercer turno en favor del más tradicional sistema de oposición libre, que se considera, sin duda, preferible, cuando menos.

III

En esta línea reflexiva y crítica hacia el sistema vigente en España de acceso a la carrera judicial se enmarca precisamente la reflexión de Jiménez Asensio en su trabajo, centrado ya en nuestro sistema jurídico y en el que, junto a un exhaustivo estudio de la regulación legal de la carrera judicial en España, se realizan unas consideraciones críticas globales de gran interés en las que se destaca la conveniencia de “insertar en la judicatura personas con experiencia contrastada en la administración de justicia” y que pueden “desempeñar un papel de primera magnitud en la resolución de los problemas que más acucian al Poder Judicial (secretarios judiciales y personal al servicio de la administración de justicia, jueces sustitutos, magistrados suplentes y abogados con una contrastada experiencia en tribunales)”, algo que *a priori* resultaba, en parte, posibilitado por el tercer y cuarto turnos tal y como se regulaban por la LOPJ en 1985, pero cuya práctica ha degenerado en que “el acceso colateral a la condición de juez” —pensado para “introducir un nuevo tipo de juez en el sistema español, vincular más a las profesiones jurídicas con el Poder Judicial y abrir la judicatura a profesionales con experiencia y conocimientos”— se haya “convertido en una auténtica oposición, al menos en su fase final”, pervirtiendo su sentido originario, y, además, la cobertura de plazas por este sistema se haya transformado en puramente irrisoria, pretextando que “no hay nivel” para que casi todas las plazas que corresponderían al tercer y cuarto turnos crezcan, así, a las de oposición libre, lo que no es sino un pretexto y, más aún, “un auténtico insulto a la comunidad jurídica y a los profesionales (que no siendo jueces) pretenden acceder a esa condición”, ya que no se ajusta a la realidad:

...hay innumerables profesionales del derecho... *mejor formados* para resolver conflictos jurídicos que muchos de los jueces que acceden por el turno libre. Y no hay que sorprenderse por ello, puesto que la experiencia y la madurez son atributos necesarios para impartir rectamente (y con garantías) justicia. No creo que nadie con sentido común refute este argumento.

En definitiva, concluye Jiménez Asensio, en el sistema español de selección de jueces y magistrados se observa “una marcada presencia del sistema tradicional” de oposición libre:

...que en la práctica sirve de elemento central de legitimación de los segmentos más corporativos de la carrera y de “argumento” para impedir cualquier tipo de reforma en su planteamiento actual. Sigue pesando sobremedida nuestra historia pasada, el miedo a admitir que puede haber otros sistemas más racionales, más eficientes y más idóneos para seleccionar a los jueces. Sólo hace falta echar una ojeada a los países de nuestro entorno para comprobarlo.

Lo realmente triste de este asunto radica en que seguimos produciendo discursos anclados en la etapa decimonónica y en el período de la Restauración, cuando nos encontramos inmersos en el siglo XXI. En algún momento, más tarde o más temprano, la sociedad española exigirá un cambio profundo en el modo y manera de reclutar a sus jueces y magistrados.

Lo cierto, sin embargo, es que en la clase política no se atisba ninguna intención de potenciar, con las pertinentes reformas, sistemas alternativos a la oposición para el acceso a la carrera judicial ni ensayar otras posibles modalidades, tomando para ello de inspiración el derecho comparado (y los resultados ejemplares a que conducen otros sistemas), sino que, más bien, aparece consolidado el criterio de seguir primando absolutamente el sistema tradicional de oposición libre para el acceso a la condición de juez, sistema que si bien garantiza un grado aceptable de objetividad y una selección notable, falla, sin embargo, y no es poco, en cuanto a los criterios tomados en cuenta para esa “criba”, que resultan ser poco ajustados a las funciones que están llamados a desarrollar los futuros jueces. Precisamente por ello tienen tanta importancia estudios como el presente: porque nos hacen ver que hay otras alternativas más racionales y eficientes, que al menos habrá que ensayar, y porque son una provocación a la reflexión y al cambio y la

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

mejora. Desde esta perspectiva, el libro que se comenta resulta de interés para todos los preocupados por la administración de justicia, y por la más adecuada selección de las personas que van a decidir durante décadas sobre nuestra libertad y nuestro patrimonio, entre otros valiosos bienes de la persona.

Joaquín BRAGE CAMAZANO*

* Doctor en Derecho (UCM) del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.