

# RESEÑA SOBRE EL LIBRO DE JORGE MALEM. EL ERROR JUDICIAL Y LA FORMACIÓN DE LOS JUECES

---

*Rafael Ramis Barceló\**

**Y**a hace años que se vienen proponiendo alternativas al modelo de juez decimonónico, criticando asimismo su formación memorística y poco práctica. Tal vez España sea uno de los países que ha conservado con mayor pureza el juez decimonónico, seleccionado por la habilidad para memorizar y "cantar" los temas en las oposiciones que dan luego acceso al cargo. Eso no sucede en tal medida en el resto de países europeos, ni tampoco en algunos países latinoamericanos, en los que la selección judicial se elabora a partir de criterios que premian la capacidad analítica y el conocimiento no necesariamente memorístico del derecho. Se pueden contar por decenas los artículos que han aparecido en los últimos años cuestionando el modelo del juez napoleónico, criticando su falta de preparación, de recursos materiales, de efectividad... No voy a repetir aquí lo que se ha subrayado desde muchos ámbitos y por plumas mucho más competentes.

Lo que sí me gustaría destacar es que la gran mayoría de las críticas pretenden cambiar el modelo de juez decimonónico, boca de la ley, en el que el juez simplemente aplica el derecho mediante un sencillo silogismo. En la época en la que se duda acerca de la solución única para cada caso concreto o que puedan existir soluciones comunes para los "casos difíciles", el profesor Jorge F. Malem, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, escribe una obra para dar un aliento crítico al sistema judicial establecido en el siglo XIX sobre las bases de los teóricos dieciochescos.<sup>1</sup>

Si se tuviera que dibujar muy brevemente el juez que Malem alienta, estaría cortado bajo un patrón estrictamente legalista, formalista, alejado de la realidad social, ejecutor del poder legislativo... Este juez encajaría perfectamente en el modelo "napoleónico", típico del continente europeo, no del ámbito anglosajón. De hecho, el actual siste-

\* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. <[rafael.ramis@upf.edu](mailto:rafael.ramis@upf.edu)>.

<sup>1</sup> J. F. Malem Seña, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008.

ma español, y el de la mayoría de países hispanoamericanos, no tiene un problema infraestructural ni sigue un mal esquema conceptual, sino que la mayor dificultad se encuentra en la inadecuada formación de los jueces. Así pues, el autor remarca que el problema no reside en el modelo, sino en su realización práctica.

Jorge Malem no hace una crítica de fondo del sistema judicial, sino que considera –dicho, por ahora, muy brevemente– que los jueces no han alcanzado todavía el ideal ilustrado, que se tradujo –mal que bien– en el siglo XIX. Para el autor, sigue siendo válida la idea que tenían los primeros positivistas acerca del poder judicial, pues la impartición de justicia jurisdiccional es una tarea bastante cercana a la labor científica, y en la que destacan, como herramientas básicas, el estudio del lenguaje y de la lógica.

Quizás, este libro de Jorge Malem hubiese pasado algo más inadvertido en la época en la que existía una mayor unanimidad acerca de la metodología y de la función del juez. Sin embargo, al escribirlo en 2008 adquiere una nueva dimensión, pues frente a las ideas renovadoras que se basan en la discrecionalidad, o en la flexibilidad del derecho y, por ende, en un mayor decisionismo... Malem muestra una gran confianza en que la correcta formación del juez puede, por una parte, evitar el error judicial y, por otra, dotar de unidad a los fallos judiciales. Lo más importante para el autor es decidir conforme a derecho, hacerlo motivadamente y evitar errores.<sup>2</sup>

La obra está dividida en tres partes: "La motivación de las decisiones judiciales", "El error judicial" y "La formación profesional del juez". Dedicaré un apartado a cada una de ellas siguiendo el mismo orden expositivo del profesor Malem, de manera que puedan seguirse con facilidad los principales argumentos del libro. El último de los apartados del presente escrito es una valoración de la obra en conjunto, atendiendo fundamentalmente al problema principal del libro: cuál es el modelo de juez que defiende Jorge Malem, y cuáles son las razones aducidas para ello, así como las posibles alternativas descartadas.

### **Motivar y justificar**

Malem parte de un esquema en el que el juez tiene una labor interpretativa que consiste en atribuir significado a los textos dotados de

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 23.

autoridad.<sup>3</sup> Sin embargo, no se trata de una labor “hermenéutica”, entendida desde el prisma filosófico, sino más bien “selectiva”, pues el análisis lingüístico de los textos dotados de autoridad está tan orientado hacia la verdadera interpretación del significado, como en la correcta sistematización normativa. Malem establece la división clásica entre justificación interna y externa, y para la externa sigue, con bastantes matices, el esquema positivista de Hart.<sup>4</sup> La sistematización requiere tres elementos: el problema que se quiere resolver jurídicamente, las disposiciones jurídicas y las reglas de inferencia.<sup>5</sup>

En cuanto a la justificación externa de las premisas normativas, Malem sigue esquemáticamente la clasificación de Atienza y Ruiz Manero expuesta en *Las piezas del derecho*, para poder probar las dificultades inherentes a las operaciones jurídicas de carácter normativo.<sup>6</sup> En cuanto a las premisas fácticas, el profesor argentino exige que los enunciados fácticos sobre los hechos sean verdaderos. Para él, “el juez debe tratar de alcanzar el ideal de que todos los enunciados fácticos que formula en los hechos probados de las sentencias sean verdaderos, aun con las limitaciones propias establecidas con las reglas jurídicas procesales o sustanciales”.<sup>7</sup>

El ideal de verdad “como correspondencia” es asumido de forma dogmática. Para Malem existe, en líneas generales, una correspondencia entre los hechos y su conocimiento objetivo. Por ello, no duda en admitir que la justificación externa tiene que asumir el “método científico”. Respecto de éste, Malem sigue las tesis de Bunge y de Moulines.<sup>8</sup> Así pues, los jueces deben formular una o varias hipótesis para reconstruir los hechos, aunque resulte muy problemático “inventar” las hipótesis, y el autor analiza el porqué de estas dificultades. Si se admite el criterio de verdad como correspondencia, se puede pensar que las nociones de prueba y de verdad no son equivalentes. Malem toma

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>4</sup> H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

<sup>5</sup> C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 113 y ss.

<sup>6</sup> M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 3 y ss.

<sup>7</sup> *El error judicial y la formación de los jueces*, p. 57.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 58 y ss.

como referencia a Taruffo<sup>9</sup> y a Jordi Ferrer,<sup>10</sup> y acepta que el juez debe abrazar el ideal de verdad y “debe tener la pretensión de que los enunciados fácticos que formula sean verdaderos”.<sup>11</sup>

El profesor argentino no esconde que se trata de una exigencia, pero la considera el camino más genuino para que exista una correcta justificación externa de carácter fáctico. Esta tesis fuerte, asumida dogmáticamente, tiene muchos problemas y fuertes detractores. Sin embargo, prefiere seguir adelante con ella, pasando a la calificación jurídica, que estaría ligada con la justificación interna. La calificación de los hechos probados es, para Malem, una actividad meramente lógica.

En definitiva, para Malem justificar y motivar son, en el ámbito judicial, acciones sinónimas. A falta de criterios claros por parte del legislador, el autor aboga por una serie de tesis propias del positivismo jurídico, de manera que los jueces puedan seguir una misma pauta y resolver de modo similar.<sup>12</sup> Estos criterios desembocan en la siguiente posición: la motivación de la sentencia judicial, a diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen,<sup>13</sup> es una labor técnica, de modo que si se siguen correctamente los pasos propuestos puede llegarse a una sentencia motivada conforme a la verdad y al cumplimiento del deber constitucional de motivación de las decisiones judiciales.<sup>14</sup>

Este primer capítulo no tiene casi ningún elemento discordante con el positivismo jurídico, pues asume los mismos dogmas de esta corriente, y los expone con orden y claridad. La exposición, sin embargo, permite entrever cuál es la preocupación que subyace en el pensamiento de Jorge Malem: la discrecionalidad judicial y la formación del juez.

Para el profesor argentino, el mayor problema del mundo judicial estriba en la falta de uniformidad de los criterios para operar jurídicamente. Malem sabe que sus presunciones dogmáticas acerca de la verdad como correspondencia y del conocimiento de la verdad a través

<sup>9</sup> M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 62-69.

<sup>10</sup> J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, esencialmente pp. 28-35.

<sup>11</sup> *El error judicial y la formación de los jueces*, p. 73.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>13</sup> M. Ortells Ramos, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 4, 1977, p. 899 y ss.

<sup>14</sup> En contra, A. Nieto, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 39 y ss., y más recientemente M. E. Salas, “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2006.

de las pruebas tienen graves problemas en el orden ontológico y epistemológico. Tal y como lo interpreto, no reconocer la subjetividad del conocimiento es, en buena parte, no aceptar la racionalidad kantiana y asentarse en las categorías del objetivismo aristotélico.

Pese a no decirlo explícitamente, creo que Malem acepta y es muy consciente de la subjetividad en el conocimiento y, precisamente porque la admite, necesita un contrapeso epistémico para que el conocimiento no sea completamente subjetivo. Es decir: ya que el juez, como cualquier otra persona, conoce sólo el fenómeno y ya tiene una visión "sesgada" y reduccionista del hecho, hay que marcarle rápidamente una serie de pautas epistemológicas, de manera que opere –en cuanto a la decisión jurídica– en un marco de decisión mínimo.

Se podría señalar que Malem desconfía de los jueces o, mejor dicho, desconfía de la libertad del juez para decidir. En efecto, el libro de Malem está encaminado a combatir y a reducir al máximo el margen de decisión del juez. El profesor argentino formula la ficción de que el juez "conoce" realmente los hechos, y que, por tanto, si sigue la metodología adecuada, puede llegar a la verdad. Si no lo hace, es que se ha equivocado, es decir, ha cometido un error.

### **El error: tipos y problemas**

Desde la metodología de las ciencias sociales suele distinguirse entre el error sistemático y el aleatorio. Los sociólogos aluden frecuentemente a los problemas de operacionalización, que serían, en la labor judicial, los equivalentes a la de la calificación del hecho jurídico. En la calificación sociológica se pueden dar errores de carácter sistemático y aleatorio de los siguientes tipos: de selección, de observación y de tratamiento de los datos.<sup>15</sup>

Parece que el profesor Malem se propone –en el segundo capítulo– abordar la ambiciosa tarea de dar cuenta de los errores judiciales típicos, en una clasificación tan deudora de la genérica metodología de las ciencias sociales como de la más específica teoría del derecho. Después de un estudio del concepto de "error judicial", Jorge Malem propone una clasificación tipológica de los errores judiciales y otra de las fuentes y las causas del error judicial.

<sup>15</sup> P. Corbetta: *Metodología y técnicas de investigación social*, Madrid, McGrawHill, 2007, pp. 95-98.

Respecto de la definición de “error judicial” hay que recalcar que el autor acepta tanto el error de hecho como de derecho.<sup>16</sup> Malem expone que

...en un sentido amplio se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes.<sup>17</sup>

En el derecho español no todo error judicial es indemnizable. En cuanto a éste, Malem parte de la definición de Valeriano Hernández Martín: “Es un error judicial la equivocación crasa y palmaria cometida por un juez, Magistrado o sala de Magistrados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siempre que dicha equivocación haya alcanzado firmeza y no sea debido a culpa del perjudicado y haya causado daños efectivos, evaluables e individualizables”.<sup>18</sup>

Malem, sin embargo, tiene en mente el error judicial en sentido amplio. En su clasificación que, pese a no ser exhaustiva, agota casi toda la tipología, el autor divide los errores en ocho tipos.<sup>19</sup> Los primeros son los que se producen en la justificación interna de una decisión judicial. Los segundos son los que se producen en el encabezamiento de las sentencias, que pueden ser, a su vez, de cinco clases: por incluir indebidamente a quienes no podían formar parte del litigio, por excluir a los que deberían formar parte del litigio o por considerar respecto al objeto de la causa algo más, menos o distinto de lo reclamado. El tercer tipo se refiere a los errores en el fundamento del derecho, que pueden ser, a su vez, errores en la interpretación y en la aplicación del derecho. Los cinco errores restantes se producen en el fundamento de hecho, en la construcción de las hipótesis fácticas y en la valoración de las pruebas, en la calificación, en el fallo y en la ausencia de motivación.

Todos estos serían errores de selección, de observación y de tratamiento de los datos; por otra parte, las fuentes y causas del error judicial se dividirían, según Malem, en atribuibles y no atribuibles al juez.

<sup>16</sup> *El error judicial y la formación de los jueces*, p. 104.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>18</sup> Citado en *ibid.*, p. 104.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 109 y ss.

Así pues, el profesor argentino salva los distintos casos de error tanto voluntarios como involuntarios, e integra a los que se producen en las diferentes etapas jurisdiccionales.

Este capítulo es central en el desarrollo del libro y es también el más elaborado, con ejemplos del todo pertinentes y bien expuestos. Sin embargo, por su carácter técnico es el que refleja menos la posición teórica del autor. En las últimas páginas pueden encontrarse, aún así, afirmaciones como la siguiente:

Pero la idea de que el juez pueda cometer errores debido a su propia falibilidad humana o a su propia incapacidad técnica o moral no ha de suponer olvidar que el ideal de un juez profesional es que no cometa errores. Si una de las facetas de un buen quehacer profesional es el cumplimiento de las reglas y de las técnicas que constituyen su oficio, un mal técnico nunca sería un buen profesional. O presentado de otra manera, un juez que cometiera numerosos errores sería un mal técnico en la tarea de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, es decir, un mal profesional, que es lo mismo que decir un mal juez.<sup>20</sup>

Malem considera que el juez es un profesional y un técnico del derecho. Sus errores pueden ser provocados por sus carencias o por causas ajenas a él. Conocedor de la falibilidad del mundo, el profesor argentino propugna el máximo cuidado para evitar los errores que puedan ser ocasionados por el juez. Para combatirlos, es necesario que el juez tenga una formación adecuada.

### **La formación del juez**

El capítulo con mayor carga ideológica es el tercero, dedicado a la formación del juez-profesional, técnico del derecho. Malem destaca la formación que debería tener el juez en materia de derecho, hechos, lógica, cuestiones lingüísticas y conocimiento de la realidad. Cada de estas competencias viene a perfilar el instrumental necesario para que el juez sea un buen profesional.

El primero de los conocimientos que debe tener un juez según el autor es el del derecho. La expresión “conocer el derecho” es ambigua.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 201.

En ocasiones significa conocer textos, mientras que en otras supone conocer el significado de esos textos. Y la cuestión se complica si se piensa que el juez español debe ser un juez constitucional, capaz de operar también con normas transnacionales. El juez debe saber en todo momento qué derecho es el aplicable al caso concreto, y debe solucionarlo, evitando las lagunas y las ambigüedades. Si se enfrenta a un supuesto valorativo, debería solucionarlo abriéndose a la realidad social, o realizando él mismo su valoración, sin tener en cuenta los usos sociales.<sup>21</sup>

La "formación en materia de hechos" responde a la necesidad de que el juez conozca la realidad fáctica, y los mecanismos necesarios para operar con la prueba, es decir, debe poder afrontar los problemas de las especialidades de cada uno de los jueces: si un juez es especialista en derecho penal económico, debe conocer correctamente el sistema bancario, contabilidad... Es lo que Malem denomina la "ciencia privada" del juez.<sup>22</sup> Otro aspecto que el autor trata separadamente es el conocimiento de la realidad, que se parece mucho al de la "formación en materia de hechos". De facto, podría decirse que ésta es un subtipo de aquélla.<sup>23</sup>

Para la aplicación del derecho es necesario que el juez esté bien formado en lógica, sobre todo en lo tocante a la "lógica de enunciados" y "lógica de predicados",<sup>24</sup> un elemento imprescindible para universalizar lo que hasta hace poco se había denominado el silogismo judicial.<sup>25</sup> Un tema importante también es el de las falacias, mentado por Malem, aunque no desarrollado.<sup>26</sup>

Por último, el autor hace mención a la necesidad de un conocimiento lingüístico adecuado para evitar que los jueces se expresen de un modo incorrecto y para que puedan interpretar de forma correcta los textos escritos. Las preocupaciones lingüísticas del autor no se deben a la necesidad de un cierto preciosismo estético, sino que se entienden como

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 217-218.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 220 y ss.

<sup>24</sup> J. J. Moreso, *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*, Barcelona, UOC, 2006, p. 47 y ss.

<sup>25</sup> Una crítica puede verse en A. Nieto, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pp. 39-40. "Puesto que el sistema político ha decidido que las sentencias se deducen de razonamientos lógicos, no es prudente abrir las puertas de la bodega para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad o las alimañas del decisionismo".

<sup>26</sup> *El error judicial y la formación de los jueces*, pp. 225-230.

una necesidad en pos de la claridad y de la precisión que Malem insiste en insertar en el mandato constitucional del deber de motivación de las decisiones judiciales.<sup>27</sup>

Después de unas sueltas consideraciones finales, Malem juzga que si un juez posee estos conocimientos incurrirá en menor medida en un error imputable por su parte, y podrá argumentar correctamente conforme al criterio de verdad como correspondencia y motivar adecuadamente las sentencias.

### **El modelo de juez propuesto**

La propuesta de Jorge Malem responde de forma coherente al paradigma positivista y técnico del juez. Ésta es su apuesta en la época del "derecho motorizado", de los continuos cambios y del relativismo. A mi entender esta propuesta representa un extremo congruente en la concepción del modelo judicial. Frente a los embistes de una posición no positivista, Malem prefiere concebir el juez como un técnico competente en una serie de temas que aseguren una respuesta adecuada y similar a las mismas controversias jurídicas.

El juez que propone el profesor argentino se encuentra a la vez alejado y cercano con respecto del modelo dworkiniano. Si para Dworkin existen casos difíciles que requieren la presencia de un juez Hércules,<sup>28</sup> para Malem no se necesita un "juez Hércules", pues esos "casos difíciles" pueden convertirse en más sencillos si se opera con la ficción de la verdad única como correspondencia, y si se siguen con atención las pautas anteriormente enumeradas. Pero por otro lado, un juez provisto de la formación y de las habilidades que Malem exige, debe ser una persona muy capaz y rigurosa, aunque no sé si su labor puede calificarse de "hercúlea".

El objetivo principal es que el juez esté sujeto a la Constitución, dé una respuesta a las partes conforme a derecho, que lo haga motivadamente, y que, en definitiva, la libertad de elección del juez sea mínima. El autor prefiere, en última instancia, otorgar mayor peso a la universalidad de las decisiones judiciales que al caso concreto, y confía, por así decirlo, en la "intrínseca" moralidad de la seguridad jurídica en línea con la moral interna del derecho defendida por Lon Fuller en *The*

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 234-236.

<sup>28</sup> R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 146-189.

*Morality of Law*:<sup>29</sup> un sistema en el que los jueces tengan la mínima discrecionalidad y en el que todos estén formados de forma muy parecida, de modo que la solución, para casos análogos, varíe muy poco. A través de esta tesis el profesor Malem presenta un sistema judicial homogéneo, que ofrece garantías no tanto por la *auctoritas* de sus jueces, sino por el de su sometimiento a las leyes y por su uniformidad.

Uno podría pensar que este modelo, basado en un único criterio de verdad en materia de hechos, es algo ingenuo. El autor es consciente de que no existe este único criterio, y así lo expresa en el libro.<sup>30</sup> Si se toma la perspectiva del autor atendiendo a sus escritos precedentes, es indudable que Jorge Malem es un especialista en la formación del juez y que su principal interés se encuentra, sin duda, en acotar las dimensiones moral y jurisdiccional del juez.<sup>31</sup> En el mundo hispanohablante, él es uno de los autores que con más fortuna se ha enfrentado al problema de la corrupción como fenómeno jurídico.<sup>32</sup>

Y por ello, precisamente, después de muchos años de comparar diferentes modelos de juez, de incursionar en el estudio de su vida privada o de la importancia del calado moral de los jueces, Malem defiende abiertamente el modelo "ilustrado" de juez y cumplidor escrupuloso de la legalidad. Las voces de los jueces están obligadas a cantar una misma melodía al unísono. Bien sabe Malem que los jueces difieren mucho entre sí por su formación, experiencia, ideología... En vez de buscar la analogía, Malem prefiere que todos ellos, tras pasar por la misma formación, canten la misma melodía, bien sean tenores, barítonos, bajos o formas mixtas. Se trata, en definitiva, de un extremo, que obliga

<sup>29</sup> R. García Manrique, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007, pp. 202 y ss.

<sup>30</sup> *El error judicial y la formación de los jueces*, p. 222. "El juez debe saber, además, que no existe un único concepto de verdad y que de la adopción de uno de ellos genera numerosas consecuencias para su labor, aunque en este libro se haya defendido que el concepto verdad más útil para cumplir con la labor judicial sea el de verdad como correspondencia".

<sup>31</sup> J. F. Malem, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, pp. 379-406.

<sup>32</sup> J. F. Malem, "La vida privada de los jueces", en C. Monereo Atienza y J. Calvo González (coord.), *Filosofía jurídica y siglo XXI: ocho panoramas temáticos*, 2005, pp. 167-182; "Función jurisdiccional e incentivo para la corrupción de los jueces", en V. Zapatero Gómez (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Madrid, Vol. 1, 2002, pp. 175-190; J. J. Orozco Henríquez, R. Vázquez y J. F. Malem (comp.), *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.

a los jueces a un gran esfuerzo que limita sus aptitudes individuales en pos de un resultado compartido y objetivo.<sup>33</sup>

Este juez "ilustrado", educado para servir a la ley, es un modelo sumamente abstracto y teórico, como lo es también el modelo kantiano de justicia, tal vez la máxima expresión iusfilosófica de la justicia ilustrada. Malem propugna un juez legalista, que pase por encima de consideraciones históricas y sociológicas, que sea capaz de aplicar en cada caso la ley del momento. Sobre este modelo –más incluso que sobre el de Hegel, mucho más historicista y sociológico– se edifica el positivismo jurídico, que toma y radicaliza este paradigma legalista como un modo de combatir la arbitrariedad judicial.

El problema, como ya se sabe, no se encuentra en la dimensión formal de la expresión judicial, sino en el acto de impartir "justicia". Malem, al igual que Kelsen, valora el estricto cumplimiento del principio de legalidad, haciendo mayor hincapié en su dimensión formal que en la material. El problema de la justicia, planteado desde Aristóteles tiene una dimensión distributiva, conmutativa y retributiva. Es la *epiquieia* la encargada de reconducir la teoría con la adecuación a cada caso.<sup>34</sup> El modelo aristotélico pretende el imperio del "sentido común", tal y como lo acuñó –a principios del siglo XX– Paul Vinogradoff.<sup>35</sup> En un sentido opuesto, para Malem, el juez no necesita este "sentido común", y no puede corregir con la equidad los desajustes posibles de cada caso. Al contrario, en vez de "sentido común" Malem apela a una suerte de "dirección común" en tanto que camino unitario que deben recorrer conjuntamente todos los jueces.<sup>36</sup>

Si el modelo histórico de la equidad judicial se sitúa en un lugar muy alejado de la perspectiva de Malem, en las antípodas queda ya la "equidad ruda" de ciertos legos romanos, griegos o altomedievales, que de-

<sup>33</sup> En contra, P. Andrés Ibáñez, "El juez", en L. M. Díaz-Picazo (coord.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006. "Es, o debería ser bastante obvio que el tópico juez con pretensiones de 'boca de la ley', si nunca ha sido real, hoy es absolutamente impensable. A pesar de todo, hay quienes, quizás por miedo a estimular el temido 'activismo judicial', siguen reiterando la propuesta de ese supuesto *tipo ideal* como paradigma de referencia", pp. 165-166.

<sup>34</sup> I. Englund, *Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>35</sup> P. Vinogradoff, *Common-Sense in Law*, The Lawbook Exchange Ltd. Clarke, New Jersey, 2006 [1923], cap. VIII.

<sup>36</sup> Alejado del modelo que propone Malem, puede verse la obra de A. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993, defiende el modelo de juez como poseedor de un "practical wisdom".

bían dirimir –por petición de las partes– sus controversias, así como también de la justicia composicional o vindictoria, tanto en la Antigüedad como en los actuales métodos alternativos para la solución de conflictos.<sup>37</sup> El profesor argentino se refiere siempre a un modelo constitucional y positivista, en el que el imperio de la ley está por encima de los casos particulares, e incluso de la satisfacción de las partes.<sup>38</sup>

Al tratar de reducir la discrecionalidad y la adaptación del juez al caso concreto, se desarrolla al máximo un modelo positivista ecléctico (deudor en muchas ocasiones de Hart, a veces de Kelsen, e incluso con alguna concesión a Dworkin), que trata el problema judicial desde la Academia y desde la teoría del derecho, y para el debate intelectual de la misma Academia. En efecto, el interés por los problemas teóricos le lleva no sólo a soslayar el problema de la justicia material o de las condiciones materiales donde los jueces ejercen la jurisdicción, sino también la explicación de la propia realidad judicial. Malem, ciertamente toma en muchas ocasiones ejemplos de errores judiciales, extraídos de la propia actividad jurisdiccional, pero no se cuestiona por qué dichos errores se cometieron. En el libro no aparecen reflejados los problemas que tienen efectivamente los jueces para juzgar, sino más bien los errores en los que incurren por mor de su discrecionalidad y falta de preparación, y en ocasiones por un defectuoso diseño institucional.<sup>39</sup>

Este modelo, corrector de la realidad cotidiana, tiene que preterir por fuerza cualquier estudio de sociología del derecho, que arroja datos que en muchos casos tiende a exculpar o relativizar la culpabilidad del juez de estos “errores”.<sup>40</sup> Al profesor Malem no le interesa estudiar la realidad empírica de los jueces españoles o hispanoamericanos: su cometido teórico y su verdadera preocupación es que la selección y la formación de los jueces ha sido y es bastante imperfecta, y ofrece ciertas pautas para corregirla.<sup>41</sup>

Quizás uno de los límites voluntarios más evidentes del libro sea el sociológico, pues el autor decide autolimitarse en este tema, pese a

<sup>37</sup> I. Terradas Saborit, *Justicia vindictoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*, Madrid, CSIC, 2008.

<sup>38</sup> *El error judicial y la formación de los jueces*, pp. 12 y ss.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 92 y ss.

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, R. Cotterell, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 171-208.

<sup>41</sup> *El error judicial y la formación de los jueces*, pp. 191-206.

que concede una gran importancia al conocimiento de la realidad fáctica en la cual el juez está inmerso. Desde la sociología del derecho más “empírica” podría afirmarse, sin embargo, que la mayoría de los errores judiciales se producen por causas no imputables a los mismos jueces (lo que el autor denomina, como se ha dicho ya, “errores no atribuibles”), sino a la estructura y función de las oficinas judiciales, de los juzgados... es decir, por culpa de la consabida “falta de medios”. Éste es un tema que, sin embargo, no interesa a Malem, preocupado exclusivamente en la figura del juez. Frente a los escritos –de tono hasta esperpéntico– que describe con mordaz pluma Alejandro Nieto,<sup>42</sup> Malem se muestra grave e implacablemente riguroso: prefiere dibujar un juez modelo –un arquetipo ideal– a caracterizar de nuevo los problemas de la justicia española o hispanoamericana, a vueltas siempre con una realidad compleja y poliédrica. Si autores como Nieto o Perfecto Andrés ponen énfasis en los problemas estructurales e ideológicos en la labor judicial,<sup>43</sup> Malem prefiere huir de una realidad de corrupción, arbitrariedad, ignorancia y politicización judicial que ha estudiado detenidamente con anterioridad, y proponer el modelo dieciochesco y decimonónico como ideal aún no consumado, con las salvedades interpretativas a las que se ajusta el marco de la actual justicia constitucional.

A costa de sacrificar la sociología judicial y con la ficción de que la justicia material se logre a partir de la justicia formal, Malem postula de nuevo para el siglo XXI el modelo de juez constitucional fraguado a caballo entre el XVIII y el XIX. Que este paradigma permanezca vivo en nuestros días alienta un debate entre los partidarios de su completa consumación y los que quieren acabar con él. En esta perenne disputa ha tomado partido claramente por la primera opción, un hecho que demuestra firmeza y gran convicción en una época de relativismo.

En fin, un libro de lectura grata en la que el autor, después de muchos años de estudio sobre el tema, define las líneas maestras de una

<sup>42</sup> Por ejemplo, A. Nieto, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005 o el epistolario con T. R. Fernández, *El derecho y el revés*, Editorial Ariel, Barcelona 1998, pp. 40-41. En él escribe Nieto: “...El proceso se desenvuelve como un duelo sin sentido, como un gasto social y un fraude personal absolutamente convencionales; los abogados aparecen como profesionales egoístas, mitad ignorantes mitad tramposos [...]]; los profesores actúan como embaucadores y falsos profetas; y, en fin, la sentencia termina siendo una burla resultado del azar o del capricho del juez”.

<sup>43</sup> Véase, entre otros, P. Andrés Ibáñez, “Derecho y justicia en el siglo XXI: más difícil todavía”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, 2003, pp. 27-40.

ideal selección y formación de los jueces. En épocas de crisis del modelo judicial, Malem muestra un camino teórico que, por su coherencia y por su elaborada justificación, puede arrojar luz en muchos de los debates contemporáneos.

Recepción: 01/03/2009

Aceptación: 05/08/2010